

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

DE
L'ABUS DE DROIT

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Lundi 6 Décembre 1909 à 3 heures

PAR

Constantin DOBROVICI

Président : M. WAHL, professeur
Suffragants { MM. MASSIGLI, professeur
BARTIN, professeur

PARIS V.

V. GIARD & E. BRIÈRE

LIBRAIRES-ÉDITEURS

16, Rue Soufflot, et 12, Rue Toullier

1909

THÈSE

POUR

LE DOCTORAT

BIBLIOTHEQUE

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

DE
L'ABUS DE DROIT

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Lundi 6 Décembre 1909 à 3 heures

PAR

Constantin DOBROVICI



Président : M. WAHL, professeur

Suffragants { *MM. MASSIGLI, professeur*
BARTIN, professeur

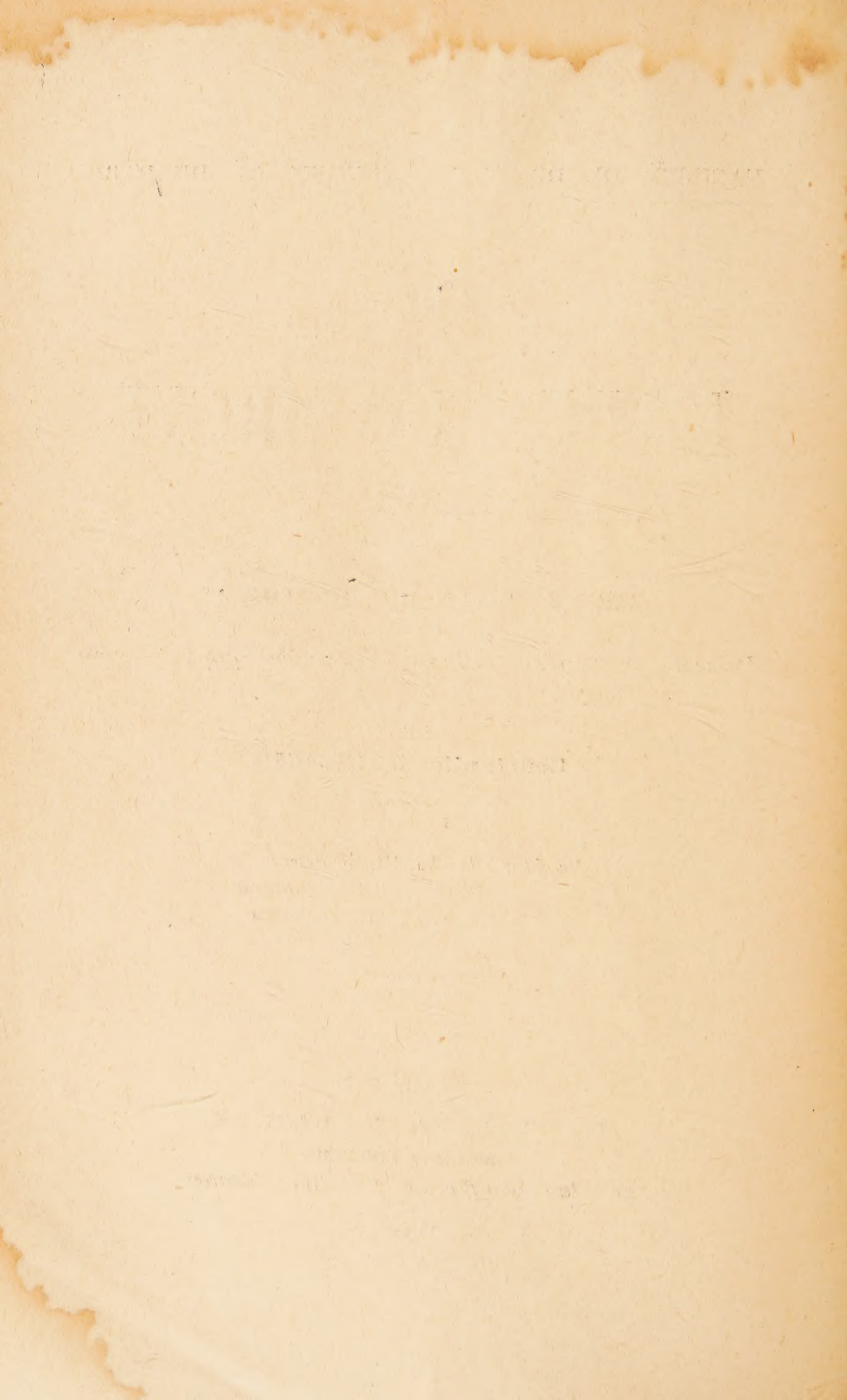
PARIS V.

V. GIARD & E. BRIÈRE

LIBRAIRES-ÉDITEURS

16, Rue Soufflot, et 12, Rue Toullier

1909



A LA MÉMOIRE DE MON PÈRE

CONSTANTIN DOBROVICI

A MA MÈRE ET A MA GRAND'MÈRE

A TOUS LES MIENS

A MON MAÎTRE ET PRÉSIDENT DE THÈSE

MONSIEUR ALBERT WAHL

Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Paris

Doyen honoraire de la Faculté de Droit
de l'Université de Lille



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552606_0006

DE L'ABUS DE DROIT

INTRODUCTION

La théorie de l'abus des droits est un problème de la science juridique des plus ardemment discutés qui soit actuellement, un des plus anciens à la fois et des plus modernes ; car si on en retrouve l'origine dans le droit romain, la systématisation en est toute récente et rencontre de nombreux adversaires dans la doctrine qui s'attache à la vieille maxime : « *Neminem lœdit qui jure suo utitur.* » Cette doctrine prétend que l'idée de droit exclut par elle-même l'idée d'abus.

Le titulaire d'un droit ne se présente-t-il pas, en effet, comme investi d'un droit dont la réalisation doit se poursuivre irrésistiblement et en toute sécurité ?

Concevrait-on que l'exercice d'une faculté légale put devenir générateur de responsabilité ?

L'obligation de réparer le préjudice causé, suppose essentiellement une faute imputable à l'auteur de ce préjudice ; or, celui qui se borne à user de son droit, dans la limite fixée par le législateur, ne commet aucune faute : « qui jure suo utitur neminem lædit ».

Les auteurs répètent à l'envi que l'exercice d'un droit ne saurait donner ouverture à une action en dommages-intérêts ; cela est incontestable, mais il faut s'entendre. Il ne faut pas se faire des droits une conception fautive, d'y voir des règles absolues, des prérogatives que le titulaire peut réaliser indéfiniment dans toutes les directions, pourvu qu'il demeure dans les limites objectives tracées par la loi.

On ne pourra pas nous objecter que le législateur doit préciser toutes les restrictions à l'exercice d'un droit, car il serait déraisonnable de vouloir que la loi prévienne toutes les circonstances et complications que peut faire naître la pratique.

Nul ne peut prétendre trouver dans les textes la limitation précise de tous droits. Le seul article 1382 invoqué le plus souvent par la jurisprudence, n'a que la valeur d'une sanction.

Une nouvelle conception philosophique du droit s'est produite.

Il ne suffit pas, pour que l'exercice d'un droit soit légitime, que ce droit soit reconnu expressément par la loi. Il faut avoir un intérêt légitime à l'exercer en

vue d'atteindre un but économique et social, que ce droit doit réaliser.

Nous paraissions nous trouver ainsi en présence d'un abus de droit toutes les fois qu'on voudrait, par l'exercice d'un droit, détourner une institution juridique de son but déterminé par le législateur.

Tous les auteurs sont d'accord pour admettre la loi d'évolution du droit sous la poussée des forces sociales incessamment changeantes sous l'influence débordante des intérêts en conflit, et en dépit de tous les éléments de conservation et de permanence. Il faut dégager la science du droit de toutes les entraves conventionnelles et verbales qui voilent les seules réalités positives sur lesquelles elle repose, dérivant de la vie organique en société. Le droit évolue, avant tout, sous l'influence des lois économiques et sociales et on ne pourra pas prétendre à l'immutabilité de l'idée de droit, isolée de son milieu social, en vertu d'un principe de vérité absolue. Un droit n'a de signification qu'autant qu'il s'oppose à d'autres droits. L'indépendance intégrale des rapports juridiques est aussi chimérique que celle des individus. Les droits individuels ne sont pas chose immuable, ils sont intimement liés aux conditions de la civilisation du moment.

Contre l'idée traditionnelle du XVIII^e siècle, qui a cherché le fondement du droit dans l'idée de liberté, s'est opérée une lente et profonde réaction. En politi-

que, en économie politique, en morale, le libéralisme a subi une sorte de crise parce qu'on s'est aperçu que cette liberté couvrait bien des injustices.

A la suite des progrès énormes de l'idée de solidarité contre la vieille doctrine du libéralisme, une évolution correspondante s'est accomplie dans la notion du droit. Ainsi, le droit n'est plus individualiste mais il implique un devoir, et contient en lui une limite normale. L'individu doit céder devant l'intérêt social.

Sous le règne de la théorie classique on admettait : *nemimen lædît qui jure suo utitur*. Aujourd'hui, quand le système économique et juridique a changé cette conception classique de l'idée de justice, nous voyons s'introduire une idée quelque peu différente, suivant laquelle le fait d'abuser de son droit peut être considéré, sous certaines conditions, comme une perversion de l'idée de justice, de telle sorte que les tribunaux puissent avoir le droit d'accorder des dommages.

C'est la jurisprudence, plus en contact avec la vie que la doctrine, qui a tenté de corriger ou atténuer ces injustices par la notion que le pur exercice d'un droit n'est pas toujours un motif d'exonération et qu'il peut comporter certaines restrictions, en dehors de celles fixées par la loi, à raison de nécessités actuelles de nos relations empreintes de plus en plus d'un caractère social.

Le triomphe de cette idée simple et équitable, qu'un

droit, règle sociale, ne doit jamais être exercé antisocialement, qu'il ne saurait en aucun cas aller contre sa finalité, pas plus qu'un cours d'eau ne pourrait refluer vers sa source, a été réalisé par la jurisprudence. N'est-il pas naturel que, lorsqu'un droit est dévié par une orientation antisociale, le titulaire soit responsable des dommages causés ? Les aspirations vers une justice plus sociale qu'individuelle fait transformer le droit sous l'influence des nouvelles conditions économiques et sociales.

Le vrai fondement du droit, c'est l'utilité, comme l'a montré Ihering (1) dans sa pénétrante analyse de la notion de droit, car avant tout le droit est une science sociale, et ce sont les droits de l'individu vivant en société qu'il s'agit de régler.

Les droits existent parce qu'ils sont indispensables au progrès matériel et moral de l'individu, pour lui assurer l'accomplissement des buts de sa vie.

Supposons un acte accompli avec les apparences de l'exercice d'un droit, et qui, en réalité, a été fait arbitrairement sans autre intérêt sérieux, appréciable : il est le résultat d'un pur caprice. S'il porte préjudice à quelqu'un, une réparation sera due sans que l'auteur du

1. Ihering. *Esprit du D. R.*, t. IV, p. 342.

« Les droits ne sont possibles que là où ils peuvent être utiles à leurs ayants droit. Un droit qui ne peut jamais atteindre ce but dans la personne de l'ayant droit est une chimère inconciliable avec l'idée fondamentale du principe du droit. »

dommage puisse alléguer qu'il s'est borné à user de son droit, et cela parce qu'il a exercé malicieusement son droit, sans aucun intérêt légitime à l'encontre de son but légitime : « malitiis hominum non est indulgendum. »

S'il est donc vrai que l'usage du droit ne peut donner lieu à des dommages-intérêts, cela doit s'entendre d'un exercice légitime et non d'un exercice abusif, et c'est en ce sens que doit être prise la maxime : « nemi-nem lædit qui jure suo utitur. »

En résumé, voilà la notion de l'abus de droit, estimée fausse et chimérique par la doctrine, telle que la jurisprudence l'a posée par l'accueil favorable de cette idée que les droits, en dehors des bornes objectives tracées par le législateur, ne peuvent être exercés indéfiniment.

Les droits ne sont pas limités seulement dans leur contenu, mais aussi dans leur exercice qui ne peut avoir lieu dans un but quelconque et spécialement en vue de nuire à autrui, sans autre intérêt ou sans motifs légitimes.

La loi garantit au propriétaire l'exercice de son droit non en vue des projets malicieux ni dans l'unique pensée de nuire à son prochain.

Comme les conflits d'intérêts se sont multipliés si rapidement par le développement prodigieux qui s'est produit au dernier siècle dans toutes les branches de

'activité humaine, il eût été matériellement impossible au législateur de 1804 d'intervenir pour trancher toutes les difficultés ; c'est au juge, s'inspirant de l'importance relative des intérêts en présence, des habitudes sociales, qu'il appartient de tracer dans chaque espèce la ligne idéale à laquelle s'arrête un droit. Il pourra ainsi chercher un idéal juridique fondé sur l'affirmation des principes de raison, des recherches d'équité ou de justice, des lois sociologiques, et non sur des principes de pure technique. La justice légale ou purement formelle ne peut pas incarner l'idée absolue qu'on voulait se faire jadis de la justice, que si elle s'identifie avec l'équité.

Ainsi, le juge pourra déterminer l'étendue d'un droit par les usages particuliers qui en constituent l'ambiance économique, et qui en fixent la discipline sociale, par l'orientation de l'évolution organique de la loi dans le sens de nécessités juridiques et sociales, qui s'imposent à la conscience collective.

Les partisans de la théorie de l'abus de droit estiment que, le jour où la notion de l'abus aura pénétré largement dans la doctrine et dans la jurisprudence, bien des solutions seront changées dans un sens plus moral et plus juste.

Cette conception de l'abus des droits a pénétré à l'étranger dans le domaine législatif, et son succès s'accuse chaque jour davantage.

La législateur allemand a posé ce principe fondé sur la conception vraiment sociale du droit subjectif par l'article 226 du nouveau Code civil, de 1900, ainsi conçu : « L'exercice d'un droit n'est pas permis lorsqu'il ne peut avoir d'autre but que de causer dommages à autrui. »

Le nouveau Code civil suisse, du 10 décembre 1907, exprime la même idée et d'une façon plus large dans l'article 2 alinéa 2 : « L'abus manifeste d'un droit, c'est-à-dire son exercice non conforme aux règles de la bonne foi, n'est pas protégé par la loi. »

En France s'est formée une doctrine moderne qui, témoin d'un élargissement de la responsabilité sur le terrain de la pratique, conclut à la nécessité d'abandonner, à cause de son insuffisance, la théorie classique de la faute.

Ainsi, les auteurs comme MM. Saleilles et Josserand, partisans de cette doctrine, pour satisfaire les besoins pratiques, ont essayé de substituer à l'antique notion de la faute aquilienne de l'article 1382 comme base juridique et rationnelle de la responsabilité, l'idée objective du « risque créé » complété par l'idée subjective de l'abus de droit.

Le problème magistralement discuté et dégagé par M. Saleilles, dans son rapport présenté à la première sous-commission de la commission de revision du Code civil, est : « Savoir si la notion de l'abus du droit ne

tend pas à devenir un principe général limitant l'exercice de tous les droits, de sorte qu'elle devrait trouver place dans le titre préliminaire à côté de la théorie de l'ordre public et de bonnes mœurs (art. 6) dont elle formerait le complément. »

A la suite des débats dans la commission de réforme du Code civil, portés moins sur le fond même de la théorie que sur la place à attribuer à la réglementation législative de la question, l'examen de cette théorie a été renvoyé à la sous-commission chargée de la discussion des principes de responsabilité civile, article 1382, au sujet desquels s'est affirmée et constituée la jurisprudence relative à l'abus de droit.

Nous avons cherché à dégager la substance de cette nouvelle théorie et nous sommes arrivé à dire que le principe de l'article 1382, sous lequel s'abrite la jurisprudence, avec la notion de la faute ramenée à ses éléments traditionnels et largement définis notamment par M. Planiol, est une base suffisante au développement de la théorie de l'abus de droit. Pour introduire cette nouvelle théorie dans l'interprétation du Code français, nous n'avons pas besoin d'une réforme de texte ; il suffit d'accepter la conception sociale du droit telle que l'ont admise les législateurs allemand et suisse, pour résoudre le grand problème de l'équilibre des droits rompu sans cesse par la lutte vitale. Cette notion implique une modification profonde dans le prin-

cipe classique de la liberté dans l'exercice des droits et dans la conception purement individualiste de nos droits.

Avant tout disons quelques mots sur l'origine de cette théorie dans le droit romain, ainsi que sur ses traces laissées dans l'ancien droit français.

CHAPITRE PREMIER

L'ORIGINE DE LA THÉORIE DE L'ABUS

SECTION I

Le droit romain. — Abus de la patria potestas

C'est dans l'acceptation de certaines solutions dans le droit romain qu'on trouve la conception de cette idée de l'abus de droit ; d'une limitation subjective des droits (1). Dans les rapports juridiques des citoyens de la Rome primitive, les droits se réalisaient indifféremment dans tous les sens et à toutes les besognes, sans que la responsabilité du titulaire pût être jamais engagée. Ainsi, le *pater familias* usait souverainement du droit de vie et de mort sur ses enfants, ses esclaves et son épouse ; les créanciers de leur droit excessif sur la personne du débiteur.

La rigueur d'un tel système ne pouvait pas persister aux yeux des citoyens de la République qui, dans le courant d'adoucissement constant du droit romain, se

1. Le mot *abuti* en latin ne veut pas dire abuser, mais consommer une chose par l'usage (Ulpien. D. 7. 5, § 1). Abus dans le sens moderne du mot signifie un acte contraire au droit : c'est dans ce dernier sens que nous l'employons.

sont fait une autre conception des droits, mieux en harmonie avec les idées humanitaires et altruistes du génie de la race latine.

Il est vrai, qu'à côté des *Jura* (les droits absolus non limités par le droit positif) l'état des mœurs et la morale, pour assurer l'usage raisonnable des droits, placèrent des *officia* dont l'observation ne relevait d'abord que de la conscience seule. Ainsi, les Romains savaient user *civiliter* de leurs droits.

Plus tard, cette coercition morale devient insuffisante, et alors le censeur intervenait pour marquer d'infamie *nota censoria* celui qui n'observait pas les *officia*. Cette *nota*, coercition purement morale, dépourvue de toute efficacité juridique, devient assez redoutable pour que chacun évite les actes qui choquaient davantage les mœurs les plus raffinées, et qui apparaissaient comme un danger pour l'ordre social jusqu'à tel point, que bientôt ils sont sanctionnés par le législateur lui-même. Ainsi, par une conception plus claire de l'intérêt social, ont évolué chez les Romains, les restrictions d'abord morales et ensuite légales de la *patria potestas* sur ses fils (1), sur ses esclaves (2), sur les membres de sa famille (3).

De même, quand le père de famille s'opposait injustement, sans motif légitime, au mariage de son enfant, le

1. D. 27. 5. 12. D. 48. 2. 8. D. 18. 42. 1.

2. D. 48. 1. 28.

3. D. 1. 2. 6.

magistrat pouvait consentir au mariage (1) de cet enfant.

Les centumvirs, pour mettre un frein à l'abus de droit d'exhérédation, ont édifié la théorie de *l'inoficiosa pietatis*, consacrée ensuite par Justinien, qui dressa une liste des justes causes d'exhérédation. Voilà des cas de limitation subjective de la puissance paternelle, et donc, des cas de possibilité d'abus de droit.

Abus de droit de propriété. — L'idée que la maxime « *neminem loedere qui jure suo utitur* » n'est pas une règle absolue, qu'elle doit être écartée dans certaines hypothèses constituant un abus de droit (susceptible d'engager la responsabilité du titulaire d'un droit) c'est qu'on la retrouve encore dans le droit classique romain, en matière de propriété, surtout dans les rapports entre les propriétaires voisins.

Ainsi, Ulpien, dans un texte du Digeste, tout en rendant irresponsable le propriétaire, qui bouche la vue à un voisin en élevant une construction sur son fonds (2) ou qui coupe la source du voisin par des fouilles pratiquées sur son fonds (3), ajoute que cette solution est exacte, seulement au cas où le propriétaire agit *suum agrum meliorem faciendi*. C'est-à-dire qu'il reste res-

1. D. 23. 2. 19.

2. D. 8. 2. 9.

3. D. 39. 2. 26.

Debrovici

pensable du préjudice causé au voisin quand il exerce malicieusement son droit, *animo vicino nocendi*(1) sans intérêt, uniquement dans le but de nuire à son prochain.

Ainsi, le jurisconsulte ne se faisait pas une conception absolue du *dominium ex jure quiritum*, il apporta une limitation d'ordre subjectif, psychologique, à la réalisation pratique de ce droit. Voilà donc encore une application manifeste de la conception de l'abus des droits. Nous pouvons citer en ce sens encore un certain nombre de textes et surtout celui de Celsus qui fixe l'adage « *malitiis indulgendum non est* » (2) sur lequel est fondée la théorie de l'abus (3).

Cette évolution historique dans le droit de propriété et la puissance paternelle, chez les Romains, par le souffle de l'équité, nous permet d'y reconnaître des atteintes subjectives apportées à ces droits absolus à l'origine, et de faire de *summum jus la suma injuria*. Ce qui est la conception de l'idée de l'abus de droit, telle que nous l'avons montrée.

D'autres applications de l'idée de l'abus. — La même idée ressort d'un texte des Instituts de Justinien (4)

1. D. 39. 3. 1. 12.

2. D. 6. 1. 38. *in fine* « de rei-vind. »

3. D. 39. 3. 2. §. 5. « *Opinos utilem actionem, vel interdictum mihi competetere adversus vicinum, si velim aggerem restituere in agro eius qui factus mihi quidem prodesse potest, ipsi vero mihi nociturus est.* » D. de lit. 1. 2. § 9. « *Si modo non hoc animo fecit, ut tibi noceat.* »

4. *De poena temere litigantium*, l. IV, t. XVI.

dans lequel on voit, qu'à l'époque classique, le plaideur téméraire était passible d'une peine pécuniaire (*judicium calumniæ* pour le demandeur). On réprimait ainsi l'esprit de chicane. Ne nous arrêtons pas à cette question de procédure, et disons seulement qu'il y a avait, par le *jus jurandum de calumnia*, un autre moyen préventif contre la mauvaise foi des plaideurs.

On retrouve la même idée dans l'intervention du prêteur « *corrigendi civilis juris gratia* », pour assurer un usage raisonnable fondé sur l'équité du droit trop rigoureux.

Il a créé ainsi : *a*) les actions « *In æquum et bonum concepta* », la « *cautio legatorum* » pour protéger le légataire à terme ou sous condition contre les abus de l'héritier ; *b*) la « *collatio bonorum* » pour protéger les enfants restés sous la « *patria potestas* » et établir l'égalité de leurs droits sur la succession, avec ceux des enfants émancipés.

L'introduction de l'action paulienne a été un moyen contre l'abus du droit du débiteur.

a) Le « *jus vocatio* » fait à la légère (1) ; *b*) le fait de faire valoir une créance, que l'on sait n'être pas fondée (2), sont encore des cas d'abus. En résumé, les mœurs, le prêteur, le censeur, sont intervenus pour préciser la sphère d'exercice légitime des droits en se

1. Ulpien, 57, Ed. D. 47. 10. 13.

2. Ulp. D. 47. 10. 15, § 33.

fondant sur un principe d'équité formulé dans la maxime à la foi morale et juridique « : Malitiis non est indulgendum. »

SECTION II

L'ancien droit français. — L'idée d'abus dans la doctrine

Par quelques citations, nous montrons que cette maxime a été connue par la tradition française et qu'elle a été fréquemment invoquée devant les tribunaux comme règle indiscutable, dans l'ancien droit français, pour supprimer les abus de droit. Pour nous en tenir au droit de propriété, souvent considéré comme le plus absolu et le mieux protégé, Guy-Coquille s'exprime ainsi dans sa *Coutume de Nivernais* (chap. X, art. 1) :

« Le propriétaire d'un champ peut tirer de petites fosses pour faire écouler l'eau qui nuit au labourage, quoique telle eau nuit au voisin, pourvu que ce ne soit en intention de nuire, et que celui qui fait l'œuvre ne puisse bonnement, par autre façon faire égoutter l'eau de sa terre ».

De même, d'Argentré, dans la *Coutume de Bretagne*, art. 186 :

« Celui qui pour endommager son voisin, sa chose ou son estat, fait vilenies en son héritage où pourpris comme chambre, coges ou autre viles choses le doit amender à justice et à partie et mettre les choses ainsi faites au premier estat et deu. »

P. de l'Hommeau, dans les *Maximes générales de droit français*, art. 420 (avec les notes de P. Challine, 1665, 2^e part., p. 260).

« Il n'est permis à personne de faire en son fonds ce qui ne lui veut de rien et nuit à autrui, bouchant les vues et lui otant la clareté. »

Domat, dans les *Lois civiles* (1) :

« Celui qui, faisant une nouvelle œuvre dans son héritage, use de son droit sans blesser ni loi, ni titre, ni possession qui pourraient l'assujétir envers ses voisins, n'est pas tenu du dommage qui pourra leur en arriver, si ce n'est qu'il ne fit ce changement que pour nuire aux autres, sans usage pour soi. Car en ce cas, ce serait une malice que l'équité ne souffrirait point. »

Dans la jurisprudence. — François I^{er}, par l'ordonnance de Villers-Cotterets, de 1539, article 88 (2) prévoit le cas de responsabilité d'un plaideur d'un procès téméraire.

Il réprimait la chicane, fait subjectif rattaché aujourd'hui à la théorie de l'abus de droit.

Un arrêt du 6 février 1710. (Angeard. *Arrêts notables*. Paris, 1756, t. II, p. 52, n^o 72.)

Un arrêt du 15 décembre 1735 de la Chambre des eaux et forêts (Bonnet. *Rec. des arrêts de Provence*. Aix,

1. L. II, t. VIII, sect. III, reg. n^o 9, Ed. Remy.

2. Domat, II, 8, 3, n^o 9.

1737, p. 305) qui concerne le propriétaire d'un moulin, lequel ouvrait l'excluse d'un canal pour en faire écouler l'eau et priver d'eau un autre moulin placé plus bas.

Un arrêt du 1^{er} février 1577 (Parlement d'Aix. Boniface. *Arrêts notables de Provence*, t. III, liv. II, tit. I, chap. II) qui fait défense à un cardeur de laine et à ses domestiques de chanter et faire du bruit, parce que cela trouble un avocat dans ses études (1).

SECTION III

La Révolution s'est fait une conception nouvelle de la propriété. Elle est un droit absolu et aucun obstacle ne peut s'opposer à la liberté des fonds. Le triomphe de l'individualisme outrancier qui érigeait l'individu, le seul être juridique, en homme libre et indépendant, était plus fort que les influences exercées par les profonds penseurs du XVIII^e siècle (Rousseau, Montesquieu, Diderot, Helvetius).

Les rédacteurs du Code se sont bornés à prendre toutes les précautions pour empêcher toute résurrection des droits féodaux.

Dans le droit moderne, une révolution économique

1. M. Appert (S. 1904, 2, 217 § 1; *La Revue Trim.* 1906, p. 74, n° 1) nous donne des nombreuses citations de coutumes et tribunaux qui ont invoqué l'idée d'abus.

s'est produite, parce qu'on n'a pas tardé à apprendre que la liberté absolue est impossible dans un gouvernement civilisé. L'individualisme a dû céder devant les progrès énormes faits de l'idée de solidarité. Ainsi, cette idée de l'abus du droit, quoique vieille, prend pour nous un caractère d'actualité parce qu'elle marque une étape dans l'évolution de la conscience juridique (Porcherot, p. 157) et parce qu'elle correspond plus spécialement aux sentiments et aux besoins sociaux de notre époque (Charmont. *Revue trimestrielle*, I, p. 119.)

C'est la jurisprudence française et surtout le législateur allemand de 1900, qui, systématisant quelques cas d'application, ont édifié une théorie générale de l'abus des droits.

CHAPITRE II

LES APPLICATIONS DE L'ABUS DES DROITS

Le problème de l'abus de droit est posé par la jurisprudence, à l'occasion de l'application de l'article 1382, dans les deux suivantes circonstances de faits.

1° L'abus de droit proprement dit, résultant uniquement de l'exercice licite dans sa matérialité, mais intentionnellement vexatoire et nuisible d'un droit. La jurisprudence apporte aux droits une limitation équitable, imposée par des considérations morales et par des nécessités sociales. Cette limitation de nature purement subjective est tirée de l'idée de la finalité des droits.

2° Les faits qui, intentionnellement étant licites, et qui tout en rentrant par leurs conditions matérielles dans la sphère d'activité du droit strictement conçu, aggravent outre mesure la situation d'un contractant ou d'un tiers. Ces faits ne peuvent être interdits puisque cela reviendrait à supprimer le droit lui-même, mais ils impliquent l'acceptation des risques par le titulaire qui exerce normalement son droit. C'est là, la

théorie de création du risque accueillie par certains auteurs.

Dans les deux catégories de faits la jurisprudence, obligeant le titulaire du droit à réparer les dommages causés, justifie ses solutions en les rattachant aux données générales de l'article 1382.

Nous constatons, par ce fait, une tendance constante de la jurisprudence vers l'élargissement de la responsabilité, et nous renvoyons la recherche d'un fondement juridique de cette responsabilité à la fin de notre travail.

Nous allons d'abord passer en revue les différentes solutions de la jurisprudence (qui s'expliquent par une idée d'abus de droits) relatives aux droits extra-contractuels comme : le droit de propriété, de recours aux voix légales, liberté de la presse, droit de grève et les droits de famille (comme la puissance paternelle et maritale) ; ainsi qu'aux droits contractuels comme : le droit de conclure et de résilier un contrat, d'exécuter un contrat.

SECTION I

Droit de propriété

C'est le droit le plus absolu qui nous apparaît encore à l'heure actuelle comme il était à Rome.

En dehors des restrictions apportées par les lois et

par les règlements exigés par l'utilité publique, par l'intérêt général, il semble au premier abord qu'on est libre dans ces limites légales, de faire ce que bon nous semble de l'objet de notre propriété. C'est ce que nous dit l'article 544 Code civil. « La propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue. »

Le Code, dans cette définition, prend en considération l'aspect externe du droit, car, analysé dans sa nature, le droit de propriété, pas plus que le droit de créance, n'existe qu'entre des personnes.

C'est la notion philosophique du droit de propriété qui suppose un devoir correspondant au droit entre des personnes et non entre une personne et une chose (1).

Le droit réel suppose donc une abstention de tout acte sur la chose, qui pèse sur toute personne autre que le titulaire, car il emporte droit de suite. Il y a une obligation purement négative et universelle envers le sujet actif d'un droit de propriété, qui est invisible à l'état normal d'inaction juridique et qui apparaît seulement quand ce droit est violé (2).

C'est le caractère exclusif, qui est de l'essence même du droit de propriété : « Attribution de l'intégralité de

1. L'idée de Kant. *Eléments métaphysiques de la doctrine du droit*, trad. Barni, 1893, p. 88.

2. M. Fouillé. *L'idée moderne du droit*, p. 33.

la jouissance permise par la loi, à une personne déterminée à l'exclusion de toutes autres (1).

Alors chaque propriétaire est à la fois sujet actif de son droit et sujet passif du droit d'autrui, donc, le droit d'un titulaire est limité par le droit égal et semblable d'autrui.

Cet équilibre est intimement lié aux conditions de la vie sociale, à l'usage plus ou moins répandu d'un mode d'activité.

Sous la rédaction du Code, cet équilibre des droits existait, car les rédacteurs ne pouvaient envisager, en fait d'exercice des droits, qu'un exercice normal et identique exceptionnellement agressif et toujours réciproque par les dommages causés, parce que la concurrence était moins âpre que de nos jours, la lutte pour la vie moins difficile, et les besoins plus aisés à satisfaire.

Aujourd'hui, quand les progrès scientifiques fournissent à l'activité humaine d'incessantes occasions de s'exercer, et stimulent les individus en quête de moyens rapides d'enrichissement, quand chacun cherche à user de ses droits de manière à obtenir le maximum d'effet utile, à donner à sa chose toutes les destinations économiques possibles pour en tirer un maximum de profit, même si cet usage préjudicie à autrui, les nécessités sociales commandent de nouvelles limitations et res-

1. M. Planiol, vol. I, 5^e éd., n° 2329.

ponsabilités dictées par les principes supérieurs de l'équité.

A. — A côté des restrictions au droit de propriété apportées par le législateur dans les articles 671-682, à titre de servitudes légales mutuelles dans l'intérêt réciproque des fonds voisins, et pour éviter les conflits qui pourraient naître de l'exercice parallèle de deux droits aussi absolus, il y a d'autres restrictions que le législateur n'a pas pu prévoir et que les rapports de voisinage imposent à la jurisprudence de fixer pour maintenir l'équilibre des droits rompu par la différenciation assez grande d'exploitation des fonds voisins.

Une nouvelle limitation des droits, par leurs côtés sociaux, est demandée par l'équité et l'utilité sociale.

Les limites du droit de propriété se développent et se multiplient de plus en plus avec le progrès de la civilisation. Les conditions sociales changent, et la diversité d'exploitation des fonds s'accroît de plus en plus par le développement de la grande industrie.

C'est à la jurisprudence de délimiter pour chaque cas spécial, la portée des facultés que le propriétaire pourra se permettre par rapport aux convenances exigées par le respect des propriétés voisines, de fixer les inconvénients qui sont la suite inévitable du voisinage et que chacun de nous doit tolérer sans se plaindre.

C'est une question de fait, parce que cette tolérance varie suivant l'état de la civilisation, suivant la situa-

tion des immeubles et suivant les usages de l'époque et du lieu, et, par conséquent, le juge doit tenir compte de ces circonstances de fait, dans l'appréciation des limites normales dans lesquelles il convient d'enserrer l'activité du propriétaire.

1^o La Cour de Cassation du 31 juillet 1885 (1) se conformant à la solution traditionnelle admise par tous les auteurs, décide que le propriétaire peut élever sur son terrain des constructions qui enlèvent au fond voisin l'agrément des vues et une partie de l'air et de la lumière, sans qu'il en soit responsable envers son voisin.

2^o La jurisprudence a toujours admis que le propriétaire peut démolir un mur qui sert d'appui au bâtiment voisin (2), si aucune servitude n'a été stipulée, et qu'il peut, par les fouilles pratiquées sur son fonds, couper les veines alimentaires d'une source qui jaillissait sur le fonds voisin, sans être tenu de lui payer une indemnité (3). L'article 552 lui donne expressément ces droits.

1. S. 56. 1. 393.

2. Aubry et Rau, 4^e éd., t. II, §. 194, note 19, p. 199. — Demolombe, XII, n^o 648.

3. Cass., 4 déc. 1849. S. 50. 1. 33. — 4 déc. 1860. S. 61. 1. 623. — 14 fév. 1882. S. 83. 1. 253. — 25 oct. 1886. S. 87. 1. 373. — 8 mars 1887 S. 88. 1. 109. — 12 août 1872. S. 72. 1. 357. — Cass. belge, 11 avril 1885. S. 87. 4. 23. — Conseil d'Etat, 11 juil. 1879. S. 80. 5. 474. (La source coupée par une tranchée non profonde.) La Cour de Douai du 8 déc. 1897 (*Jurisp. de la cour de Douai*, 1898, p. 59) déclare que l'établissement d'une marquise devant les boutiques est, depuis quelques années déjà, d'un usage assez général pour que les voisins de la maison où elle est installée puissent être tenus de la tolérer comme un des inconvénients habituels du voisinage.

3^o De même, la Cour de Bordeaux du 5 mars 1903 (1), décide qu'on n'a pas le droit de se plaindre des odeurs peu agréables dans un quartier où l'usage existe depuis de longues années, de laver et saler les langues et issues de morues dans les magasins ou dans les cours; et que, par conséquent, ces inconvénients ne peuvent être et ne doivent pas être considérés comme insupportables, surtout dans les rues où se fait ce commerce spécial de la morue.

Dans tous les cas de ce genre, la jurisprudence décide que les bons rapports de voisinage nous obligent à supporter certains inconvénients résultant des nécessités ou des usages ordinaires de la vie qui ne dépassent une certaine mesure (2).

Ainsi, le propriétaire d'un édifice peut se livrer, sans en être responsable, à des travaux qui n'engendrent qu'un peu de poussière, fumée, bruit, ou odeur et qui ne causent aux voisins que des légers désagréments.

Vouloir empêcher ces inconvénients inévitables serait paralyser l'usage le plus naturel et le plus simple qu'on peut faire de son droit de propriété.

La jurisprudence a donc déterminé que ces facultés essentielles et normales, comprises dans le contenu du droit de propriété, sont toujours et par elles-mêmes,

Une pratique rare à une époque, peut se généraliser et alors les voisins ne peuvent plus s'en plaindre si elle leur cause préjudice.

1. S. 1905. 2. 41; (Appert). D. 908. 2. 49. (Capitant).

2. Cass., 27 nov. 1844. S. 44. 1. 811. — Agen, 7. fév. 1835. S. 55. 2. 311.

des actes licites, à les prendre par leur matérialité extérieure indépendamment du but auquel elles sont exercées.

Au contraire, ces mêmes actes licites dans leur matérialité deviennent illicites par le caractère antisocial du but intentionnel qui en marque la destination.

Il y aurait alors, d'après certains auteurs, abus de droit de propriété, et, d'après d'autres, faute sociale contraire aux bonnes mœurs, qui engage la responsabilité de l'auteur.

1° Ainsi la Cour de Colmar du 2 mai 1855 (1), ordonne la démolition d'une fausse cheminée destinée à masquer le jour à son voisin, dans le but de lui nuire en diminuant ce jour : « Considérant que, s'il est de principe que le droit de propriété est un droit en quelque sorte absolu..., cependant, l'exercice de ce droit comme celui de tout autre, doit avoir pour limite la satisfaction d'un intérêt sérieux et légitime,... que les principes de la morale et de l'équité s'opposent à ce que la justice sanctionne une action inspirée par la malveillance, accomplie sous l'empire d'une mauvaise passion, ne se justifiant par aucune utilité personnelle et portant un grave préjudice à autrui... »

2° De même le tribunal de Sedan, 17 décembre 1901, (2) pose la même question dans l'espèce d'un proprié-

1. D. 1856. 2. 9.

2. S. 1904. 2. 217.

taire qui fait construire, près de la ligne séparative de sa propriété, une cloison en planche avec deux retours et équerre et d'une dimension assez considérable pour priver de la lumière du jour autant que de l'air l'immeuble devenu en partie inhabitable de son voisin. A la suite d'une expertise pour savoir si ces travaux présentaient quelque utilité pour le propriétaire, on a constaté que l'auteur des travaux n'avait agi que par malveillance et dans l'unique but de nuire à son voisin, surtout qu'il a fait enduire sa cloison de goudron noir. Le tribunal décide, dans ces conditions, que le propriétaire a abusé de son droit, et ordonne la démolition des travaux et la réparation des dommages : Considérant qu'un pareil acte sainement apprécié à l'aide de la maxime « *malitiis non est indulgendum* » constitue un des cas de quasi-délit prévus par l'article 1382.

3° La Cour de Lyon, 18 avril 1856 (1), déclare (avant la loi du 14 juillet 1856, qui fixe un périmètre de protection), le propriétaire responsable du dommage causé par les fouilles pratiquées méchamment dans son fonds en vue de tarir la source minérale qui jaillissait sur le fonds voisin, non pour se servir lui-même des eaux de la source, mais pour les déverser dans une rivière.

« Considérant que le droit de propriété trouve nécessaire-

1. D. 1836. 2. 199. — Cass., 10 juin 1902. D. 1902. 1. 454, pour la captation de la source Saint-Galmier par des travaux de forage.

— Cass. 4 décembre 1849. D. 49. 1. 305. — Cass., 1^{re} juin 1881. D. 83. 1. 332, pour la coupe de source d'eaux thermales.

ment une limite dans l'obligation de laisser le voisin jouir aussi de sa propriété, que le pouvoir d'abuser de sa chose ne peut servir à colorer un acte, qui, inspiré exclusivement par l'envie de nuire, prend... le caractère d'une entreprise portée sur le fonds du voisin, pour toucher à sa substance et anéantir un bien naturel, qui en fait la principale valeur.

4° La Cour de Montpellier, 16 juillet 1866 (1) a décidé dans le même sens, que le propriétaire n'est pas responsable des dommages causés à son voisin par les fouilles faites sur son sol pour détourner une veine, parce que dans l'espèce il n'avait aucune intention de nuire.

5° La Cour de Paris, 2 décembre 1871 (2), rend responsable le propriétaire qui, méchamment, fait faire sur son fonds des bruits et tapages destinés à effrayer le gibier et rendre impossible la chasse projetée par son voisin :

Attendu que par des moyens vexatoires et pratiqués dans l'intention manifeste de nuire, il a gêné et même empêché l'exercice du droit du propriétaire voisin.

Dans tous ces cas nous sommes sur le terrain de l'abus de droit, au sens stricte et précis fixé par M. Sallières.

1. S. 67. 2. 115.
2. D. 73. 2. 185.

La Cour de Cassation, 10 juin 1902 (1), condamnant à des dommages-intérêts le propriétaire qui, par des travaux de forage sur son terrain, nuit au voisin sans intention de lui nuire et sans mauvaise foi, élargit la notion de l'abus de droit au cas du propriétaire qui accomplit un acte dans l'exercice de son droit sans aucune utilité pour lui, sans intérêt sérieux et légitime et en même temps sans malveillance pour autrui. Ainsi la responsabilité du propriétaire n'est pas moins engagée par un acte accompli sans intérêt sérieux et légitime, indépendamment de toute intention malicieuse ; car la destinée d'un droit n'est pas de nuire à autrui sans profiter à son titulaire.

C'est la théorie plus large de l'abus de droit qui consisterait dans le détournement d'un droit de son but économique et social. (Théorie de M. Jossierand.)

Tous les jours on se pénètre davantage de cette vérité, que la définition classique, qui présente la propriété comme un droit absolu, est défectueuse (l'art. 544 du Code civil contient deux propositions contradictoires, car il y est question d'un absolu à degrés) et que la protection sociale n'est pas due aux actes abusifs qui consistent en gaspillage, en destruction inutile par pure fantaisie, d'une chose dont on est propriétaire (2).

1. S. 902. 2. 454.

2. M. Planiol, I, 5 éd., n° 2331. — M. Vareilles-Sommière. *Revue trimestrielle de droit civil*, 1903, p. 443. « Définition et notion juridique de la propriété. »

On est arrivé à dire que les droits ne sont pas établis uniquement dans l'intérêt de leur titulaire, mais encore dans l'intérêt social, qui sera servi seulement quand les individus exerceront leurs droits dans le sens productif d'utilité (1).

Ainsi, l'application de la théorie de l'abus au droit de propriété implique une conception sociale de ce droit. La propriété devenue une fonction sociale n'est plus un privilège pour son titulaire, elle implique des devoirs (2).

Les partisans de l'abus, tout en trouvant la nécessité de donner une conception sociale au droit, ne veulent pas accepter que l'article 1382 donne déjà cette conception sociale au droit, si on considère comme fautif tout acte qui est contraire à la règle de droit social, qui nous oblige d'exercer le droit de propriété, *civilter*, conformément à son but social, à l'usage normal et ordinaire de droit, c'est-à-dire dans un intérêt appréciable et légitime.

Ce n'est donc qu'en donnant au mot faute une notion restreinte, violation d'un texte de loi ou règlement, qu'on peut accepter l'utilité de la théorie de l'abus des droits.

B. — En dehors de la responsabilité découlant du

1. Jhering. *Evolution du droit*, p. 361. « Tous les droits du droit privé sont influencés et vinculés par des considérations sociales. » — Duguit. *Droit constitutionnel*. La propriété est un droit continuellement changeant qui doit se modeler sur les besoins sociaux auxquels il vienne répondre.

2. Hauriou. *La science sociale traditionnelle*, p. 125.

voisinage, lorsqu'on relève à la charge de l'auteur du dommage une véritable faute au sens traditionnel du mot, c'est-à-dire un défaut de précaution constituant une négligence ou un acte d'imprudence, la jurisprudence déclare responsable le propriétaire qui a pris toutes les précautions possibles, qui a usé de tous les moyens que la science peut lui procurer pour éviter de nuire à ses voisins, mais qui n'a pu y réussir parce que le dommage est la conséquence inévitable de l'exploitation de son fond.

A l'heure actuelle, en face de la tendance de l'activité humaine vers une exploitation de plus en plus productive de son fonds, il y a une tendance correspondante de la jurisprudence dictée par un principe d'équité vers l'élargissement de la responsabilité.

Le plus souvent, c'est à propos des établissements industriels que se pose le problème d'une pareille responsabilité.

Ainsi, un établissement industriel classé (par le décret du 25 oct. 1810) et autorisé, peut causer des dépréciations souvent considérables aux fonds voisins, sans que l'industriel ait commis une faute, car il a suivi les mesures prescrites par les lois, les règlements d'administration et par la science. La jurisprudence ordonne la réparation des dommages causés ainsi à ses voisins par l'exhalation de la fumée (1), odeurs fétides et

1. Colmar, 16 mars 1827. S. 28.2. 23. — Cass., 3 janv. 1887. D. 88.

gaz nuisibles (1), des étincelles (2) qui s'échappent de son usine, ou par le bruit (3) et roulement de l'usine, parce que ce sont des inconvénients qui dépassent par leur importance la limite de la tolérance qu'exige le voisinage, et parce que l'autorisation administrative laisse intacte le droit des tiers lésés par l'établissement classé.

Dans le même sens se prononce la jurisprudence pour l'exploitation d'une maison de tolérance (4), qui, quoique autorisée par l'administration, peut constituer en dehors de toute négligence et par elle-même une cause de dépréciation pour les immeubles voisins et entraîne ainsi la responsabilité de l'exploitant, parce que les inconvénients résultant de la proximité d'un

1. 39 (plainte d'un blanchisseur de cire). — Douai, 30 mai 1854. D. 55. 2. 26. — Cas. req., 14 juill. 1875. S. 75. 1. 352 (plainte d'un fabricant de cire blanche. — Req., 14 juin 1875. S. 76. 1. 447 (plainte d'une blanchisserie contre une fabrique de porcelaine).

1. Cass., 11 juil. 1826. D. 26. 1. 424. — Cass., 17 juillet 1845. S. 45. 1. 875.

2. Paris, 30 août 1858 et Bordeaux, 21 juin 1859. D. 59. 2. 187. — Cass., 3 janv. 1887. D. 88. 1. 39. — Toulouse, 6 mai 1902. P. 05. 2. 105 (compagnie de chemins de fer). — Bordeaux, 21 juin 1859. S. 60. 2. 41 (incendie). — Cass. req., 4 avril 1905. 908. 1. 537.

3. Dijon, 10 mars 1865. S. 65. 2. 343. — Metz, 23 août 1863. S. 64. 2. 57. — Paris, 18 mai 1860. D. 60. 2. 116. — Amiens, 18 juil. 1845. S. 45. 2. 475. — Cass., 28 fév. 1848. S. 48. 1. 311. — Cass., 27 nov. 1844. S. 44. 1. 211. — Cass., 20 fév. 1849. S. 49. 1. 346. — Orléans, 22 nov. 1889. D. 91. 2. 120.

4. Besançon, 3 août 1859. S. 60. 2. 255, et Cass., 3 déc. 1860 et 27 août 1861. S. 61. 1. 840. — Cass., 5 juin 1882. S. 84. 1. 71. — Aix, 19 nov. 1878. S. 79. 2. 139 (même si l'immeuble voisin est acquis après l'exploitation). — Cass., 8 juil. 1884. S. 85. 1. 487. — Montpellier, 18 fév. 1898. S. 98. 2. 160 (plainte d'un aubergiste). — Alger, 22 fév. 1898. S. 99. 2. 107 (plainte d'un commerçant).

pareil établissement excèdent la mesure de tolérance que les rapports du voisinage imposent.

De même pour les bruits et troubles causés : par les bals donnés tous les soirs dans une salle de Casino (1), par une salle de fêtes (2), par un théâtre (3), par les enfants d'une école publique (4) ; la jurisprudence déclare responsable le directeur du théâtre et la ville de Paris, parce que cette gêne rendant inhabitable les maisons voisines, dépasse la tolérance ordinaire admise entre voisins, même quand on a pris toutes les précautions prescrites par les règlements administratifs pour faire diminuer la cause des préjudices autant qu'il est possible.

Le voisin qui, sans pouvoir s'imputer une négligence ou une imprudence, fait produire des poussières par un dépôt de charbon (5) ou par des travaux d'amélioration ou d'agrandissement exécutés sur son fonds, (6) d'une telle façon qu'il rend les maisons voisines inhabitables, nuit aux plantes du jardin et empêche l'exploitation des hôtels et villas pendant la bonne saison, est responsable, parce que ce sont des inconvénients qui

1. Bordeaux, 21 mai 1867. D. 69. 2. 159. — Cass., 17 avril. S. 72. 1. 76.

2. Trib. Marseille, 10 mars 1905. S. 05, 2. 149.

3. Trib. Seine., 1^{er} juil. 1863. — Cass., 24 avr. 1865. S. 66. 1. 169, (stationnement des spectateurs devant les maisons voisines). Contre. Req., 6 févr. 1865 S. 66. 1. 402.

4. Cour de Paris, 9 déc. 1904. S. 1905. 2. 175. P. 319 (Ripert).

5. Cass., 19 avr. 1905. D. 05. 1. 256. — T. Tour, 29 mars 1904. D. 1905. D. 1905, 2. 199.

6. Gand, 28 janv. 1901, *Belg. Judic.*, 1901.330.

excèdent ceux¹ que l'on est tenu de supporter entre voisins.

La Cour de Limoges du 5 février 1902 (D. 1902. 2. 95), prononce une astreinte contre le propriétaire d'un hospice de tuberculeux qui, observant rigoureusement toutes les mesures antiseptiques requises pour atténuer le danger de la contagion, cause pourtant, par ce seul fait d'avoir établi un foyer de contagion, un dommage aux voisins qui sont obligés d'abandonner leur immeuble ou de subir une diminution de valeur locative de cet immeuble.

De même la jurisprudence décide, qu'en dehors de la rente annuelle qui représente le prix d'expropriation, le concessionnaire d'une mine est responsable envers le propriétaire de la surface des dommages causés, soit par l'affaissement du sol (1), soit par le tarissement des sources (2), soit enfin par des inconvénients apportés aux constructions ou installations du superficier (3) (élevées même après la concession), non seulement lorsqu'il y a eu faute, négligence ou imprudence de la part du concessionnaire, mais même quand

1. Cass., 14 juil. 1875. S. 76. 1. 9. — Cass., 21 juil. 1885. D. 86. 1. 336. — Cass., 11 mars 1896. S. 96. 1. 265 ; P. 96. 1. 337 (Geny). — Nîmes, 16 déc. 1861 ; S. 61. 2. 249.

2. Cass., 8 juin 1859. S. 69. 1. 413, 2^e espèce. — Riom, 21 fév. 1881. D. 81. 2. 113. — Cass., 27 janv. 1885 ; S. 86. 1. 61. — Civ., 13 mars 1900 ; D. 900. 1. 283. S. 904. 1. 353 (Ferron). — Dijon, 21 avril 1902. S. 905. 2. 66.

3. Lyon, 20 mars 1852. S. 53. 2. 277. — Cass. 3 fév. 1857. S. 57. 1. 469.

l'exploitation a été conduite conformément aux règles de l'art et qu'il n'y a à lui reprocher aucun fait d'inhabilité dans l'exécution des travaux, et cela, parce que le préjudice causé au superficier est excessif, dépassant la tolérance imposée par les relations du voisinage.

Devant la nécessité pratique dic'ée par le principe d'équité, la jurisprudence a justifié cette responsabilité non sur la faute de l'article 1382, car elle déclare valable, non contraire à l'ordre public, la clause d'irresponsabilité (1), ni sur l'article 45 de la loi du 21 avril 1810, car il ne prévoit que la responsabilité entre deux concessionnaires voisins, ni sur l'article 15 de la même loi, car il ne s'applique qu'à l'exploiteur et non au concessionnaire (2).

Cette responsabilité non proclamée par un texte, découle du principe même de la loi du 21 avril 1810, et notamment de la combinaison de l'article 6 avec les articles 10, 11, 15, 43, 47, 50, de cette loi, qui prévoient une protection des intérêts du superficier contre les entreprises du concessionnaire de la mine (3).

Le juge, se conformant à la pensée du législateur de

1. Cass., 18 juin 1872. S. 79. 1. 449. — Cass., 8 déc. 1880. S. 84. 1. 297.

2. Lyon, 5 juin 1869. — *Mon. jud. de Lyon*, 16 oct. 1869. — Lyon, 9 juin 1880. — *Mon. jud. de Lyon*, 19 juil. 1880. — Cass., 4 janvier 1841. S. 41. 1. 325.

3. Nancy, 7 déc. 1895. P. 95. 2. 241. — Cass., 11 mars 1896. — 8 juin 1869.

1810, a la libre appréciation de limiter la tolérance plus étroite en matière de mine, car le voisinage de ce genre particulier, plus dangereux de deux propriétés superposées, nécessite des rapports juridiques plus étroits que ceux qui existent entre deux propriétés juxtaposées. Une limitation plus sévère s'impose pour le droit du concessionnaire, car les inconvénients qui résultent de l'exploitation d'une mine, dépassent le degré des incommodités ordinaires que les propriétaires de deux fonds contigus sont tenus de supporter (1). Pour cette raison, la jurisprudence déclare que le tarissement d'une source d'eau au détriment du fonds voisin, chose tolérable entre deux héritages situés l'un à côté de l'autre à la surface du sol, est intolérable et donc générateur de responsabilité quand le voisinage est exceptionnel, résultant de la superposition d'une propriété artificielle du concessionnaire de la mine.

Comme le voisinage en matière de mine est presque toujours volontaire, car l'exploitant est devenu librement concessionnaire de la mine, soit directement par lui-même, soit indirectement par son auteur, on peut soutenir qu'il y a un quasi-contrat de la part de l'exploitant.

1. Amiens, 2 déc. 1896 ; S. 900. 2. 169 (Lacoste). — Cass., 12 août 1872 ; S. 72. 1. 353 (Labbé). — Cass., 11 mars 1896. P. 96. 1. 317 (Geny).

La responsabilité est fondée alors sur une obligation unilatérale, quasi contractuelle et personnelle (1).

Le juge, dans sa souveraine appréciation (2), doit tenir compte des conditions sociales normales de son époque, des usages locaux, de la situation de l'immeuble, pour pouvoir décider qu'il se trouve en présence d'un exercice anormal du droit de propriété, parce qu'il entraîne des inconvénients qui excèdent ceux qu'on doit tolérer entre voisins, comme la conséquence inévitable du voisinage.

Il faut laisser le juge accessible aux influences de son temps, car la jurisprudence doit correspondre aux transformations sociales et économiques assez lentes, pour ne pas craindre une brusque variation de jurisprudence.

Ce qui, à une époque, nous apparut comme un usage anormal et intolérable, peut nous apparaître aujourd'hui en se généralisant comme un exercice normal et tolérable.

En ce sens, la Cour de Douai du 8 décembre 1897 pour l'établissement d'une marquise.

De même le bruit violent et contenu, la fumée abondante, ce qui est l'usage normal constituant un inconvé-

1. Guérin. Thèse de Lyon, 1899, p. 25. — Ch. Lesondier. *Revue trimestrielle de droit civil*, 1906, p. 545.

2. La note de M. Appert. S. 905. 2. 41.

nient ordinaire de voisinage, dans une ville ou quartier industriel, ne saurait l'être dans une ville ou quartier de luxe (1).

Une exploitation, en elle-même exceptionnelle, pourrait être considérée comme conforme à la destination normale des lieux si elle s'établissait dans un quartier uniquement occupé par des exploitations analogues.

En ce sens la Cour de Bordeaux (2) s'est prononcée pour le cas du commerce de la morue.

La Cour de cassation (3) décide que l'ouverture d'une maison de tolérance dans un quartier paisible et honnête, excède les inconvénients ordinaires et supportables du voisinage d'une maison quelconque.

L'usage normal d'un lieu est déterminé par la pratique, l'usage habituel du quartier, la façon habituelle dont les propriétaires de cette contrée usent de leurs droits. Pourtant on ne doit pas poser en principe que dans une ville industrielle les habitants soient privés du droit d'élever des réclamations contre les usines qui les incommode. Seulement ils doivent supporter dans la plus large mesure les inconvénients inhérents à la présence d'une usine (4).

Il ne faut pas aussi distinguer si l'établissement in-

1. Paris, 16 mai 1841. D. 43.2.137.

2. Bordeaux, 5 mars 1903. S. 905.2.41.

3. Cass., 3 décem. 1860. S. 61.1.840.

4. Laurent VI, n° 145.

dustriel dont je me plains, est antérieur ou postérieur à ma propre installation ou construction, pour n'admettre la responsabilité de l'industriel que dans le deuxième cas.

La doctrine moderne (1) repousse cette théorie du droit de préoccupation, soutenue par Demolombe (2), et qui enlève le droit d'indemnité à la victime en faute de s'être exposée volontairement aux dommages éprouvés. Ce droit de préoccupation n'est pris en considération par la jurisprudence que comme élément d'appréciation du préjudice, sans influence sur le principe de la responsabilité.

Il n'est pas capable de faire échec à toute action en dommages.

Ainsi la jurisprudence déclare indifférent le fait que le demandeur, qui se plaint du bruit excessif d'une usine (3) ou d'une maison de tolérance voisine (4), ou qui se plaint de la fumée chargée de suie ou de l'odeur dégagée d'une usine ou d'un four à brique (5), ne soit devenu propriétaire du fonds voisin que postérieurement à l'établissement de l'usine ou de la maison de tolérance.

Les inconvénients d'une usine existent pour les voisins du jour où l'usine existe, et ils peuvent s'aggraver

1. Baudry-Lacantinerie et Chauveau. *Des biens*, n° 221. — Aubry et Rau, 5^e éd. II, § 194, p. 302.

2. XII, n° 659.

3. Dijon, 10 mars 1865.

4. Aix, 19 nov. 1878. S. 79. 2. 139. — Alger, 22 fév. 1898. S. 99. 2. 107.

5. Colmar, 16 mai 1827. S. 28. 2. 23. — Cass. civ., 18 fév. 1907. D. 07. 1. 385.

et se préciser après la construction des maisons voisines.

De même pour la responsabilité du concessionnaire d'une mine (1), pour les dommages causés aux constructions du superficier, peu importe qu'il ait bâti sa maison avant ou après la concession.

Admettre le droit de préoccupation comme un moyen d'échapper à la responsabilité serait obliger une catégorie de propriétaires de tirer de leurs choses les mêmes avantages que leurs voisins et ne pas tenter d'utiliser mieux leurs fonds.

Quel est alors le fondement juridique de cette responsabilité du propriétaire envers son voisin ?

Repoussons d'abord la théorie d'un quasi-contrat de voisinage soutenue par Pothier (Société IV, n° 230) car, en dehors du cas de concession d'une mine, les rapports de voisinage sont forcés. Le voisinage ne suppose pas une volonté unilatérale, il est un fait matériel, involontaire, absolument indépendant de la personne du propriétaire et de sa capacité.

D'après une doctrine récente, qui trouve insuffisante la notion de la faute traditionnelle, le propriétaire est responsable en dehors de l'idée de faute (d'intention de nuire), des risques nouveaux, qui résultent inévitablement de l'exploitation de son fonds ; car il est équitable

1. Lyon, 20 mars 1852. S. 53. 2.277. — Cass., 13 mars 1900.

que celui qui bénéficie d'un avantage, par une exploitation plus productive de son fonds, supporte seul les risques inhérents à son exploitation (responsabilité objective du cas fortuit).

D'après ces auteurs(1), la théorie de la responsabilité objective fondée sur l'idée du risque créé, en germe dans l'article 1384 1° (interprétation large du mot chose inanimée que l'on a sous sa garde et susceptible de causer un dommage) développée par l'article 1386 et appliquée aux accidents du travail par la loi du 8 avril 1898 sur les risques professionnels, doit être généralisée à toutes les branches de l'activité humaine dans ses multiples manifestations et même à l'état en matière de travaux publics. Ils cherchent à faire pénétrer dans le droit français, sans réforme législative, l'équivalent du risque professionnel établi par la loi du 8 avril 1898, et à abandonner ainsi le principe traditionnel de la faute.

Cette théorie a l'avantage de dispenser la victime d'une preuve difficile à faire ; elle n'a qu'à prouver le simple rapport de causalité entre la chose et le préjudice souffert. Le propriétaire, ou plutôt l'exploiteur

1. Léon Michel. *La Responsabilité civile des patrons*. R.C., 1901, p. 502. — M. Saleilles. *Des accidents du travail et la responsabilité civile*, 1897, notes D. 1897. 1. 433. Rapport de 1905.

M. Josserand. *De la responsabilité du fait des choses inanimées*, 1897, notes D. 1900. 2. 289 ; D. 904, 2. 257. ; D. 06, 2. 249.

M. Hauriou. *Précis de d'Administ.*, 4^e éd., p. 699, notes sous Conseil d'Etat, 5 mai 1895. S. 95. 3 I. ; *idem*, 21 juin 1895. S. 97, 3, 33.

du fonds qui tire un produit immédiat et direct d'une entreprise nouvelle, peut se décharger de cette responsabilité des cas fortuits (produits spontanés de l'entreprise, l'explosion d'une chaudière sans cause connue) en prouvant la faute de la victime ou la force majeure (fait étranger à l'entreprise ; le vent, le tremblement de terre, la guerre).

Elle est distincte de la théorie de l'abus, non seulement en théorie par son objectivité, mais même en pratique par sa sanction, car les tribunaux ne peuvent condamner le propriétaire à cause du risque créé qu'au dommage et intérêt ; interdire l'exploitation industrielle de plus en plus productive serait nier toute civilisation.

Ces auteurs concluent qu'il n'est pas contradictoire de soutenir les deux théories qui se disputent de la responsabilité (1), et que les juges, pour déclarer responsable l'auteur d'un dommage, doivent scruter le fait imputé d'après les deux critères subjectifs et objectifs.

Contre cette doctrine récente se sont élevés, à juste raison, des auteurs qui soutiennent qu'il ne peut y avoir responsabilité sans une faute au moins présumée, et que l'idée d'une responsabilité de plein droit du propriétaire d'une chose, sans qu'on puisse présumer con-

1. Jossierand. *Abus des Droits*, p. 87, contre Buttin. Thèse, p. 157.

tre lui la moindre faute, est restée étrangère à l'ancien droit français et aux rédacteurs du Code de 1804.

Il est vrai que cette théorie, qui déclare responsable le propriétaire — en cette seule qualité — des dommages causés par sa chose, pourrait devenir dangereuse si on l'appliquait dans toute sa rigueur.

Elle aboutirait à une stupide immobilité, car la vie humaine comporte toujours des risques, et l'acte le plus inoffensif peut être l'origine d'un malheur. Pour cette raison, les protagonistes du risque créé ont été obligés d'apporter un tempérament à leur théorie, sans se rendre compte qu'ils ont été obligés pour ça, à recourir à la notion même de la faute.

D'accord avec la jurisprudence, ils admettent que le propriétaire est responsable seulement quand, par l'exploitation de son fonds, il dépasse les inconvénients ordinaires du voisinage appréciés d'après les usages et les convenances sociales du lieu et du temps.

Les risques créés pour autrui n'engagent la responsabilité du propriétaire, que s'il existe dans sa propre conduite une présomption de faute qui découle de l'inobservation d'une obligation imposée par l'équité et sous-entendue dans la constitution de toute société humaine, celle de ne pas dépasser les inconvénients qui se produisent normalement entre voisins. Par l'exploitation anormale, exceptionnelle de son fonds, le propriétaire commet un fait fautif par lui-même, car il détruit le rapport ordinaire existant entre les propriétaires

Il y a donc faute de la part du titulaire d'un droit, quand il commet un acte préjudiciable qui sort des conditions habituelles d'exercice de ce droit, et c'est pour cette raison que la jurisprudence, désireuse à respecter la lettre de l'article 1382, continue à justifier ses solutions non par l'idée d'un risque créé, mais par la notion de faute, de violation d'une obligation légale préexistante de ne pas causer à son voisin un préjudice au delà des inconvénients ordinaires du voisinage.

Comme une pareille faute est susceptible de degrés, sa juste portée est laissée à l'appréciation des juges sous le contrôle de la Cour de cassation (1).

La jurisprudence (2) déclare responsable l'automobiliste, qui a pris les précautions habituelles nécessitées par la prudence et exigées par le décret du 10 mars 1899 et du 10 septembre 1901, et qui, à cause d'un événement indépendant de sa volonté, d'un fait de la machine, d'un accident que la science est encore impuissante à prévenir, produit un dommage à autrui.

Pour les auteurs (3) qui cherchent à remplacer la

1. Planiol, II, 5^e éd, n° 865. — M. Capitant. (*Revue critique*, 1900, p. 156 et 228) voit dans le principe général des articles 651 et 1370 du Code civil, la source de cette obligation légale du voisinage, quand en réalité les rédacteurs du Code n'ont entendu viser par ces articles, que les obligations spéciales relatives aux servitudes légales.

2. Trib. de com., Seine, 28 févr. 1906. — Loi, 17 mai 1906. — Trib. paix, Paris, 1^{er} juin 1906. — *Gaz. des trib.*, 9 juin. — Trib. cor. de la Seine, 12 décembre 1905. — Lois et sport, févr. 1906.

3. M. A. Wahl. *R. T.*, 1908, p. 34. — M. A. Colin. *Revue politique et parlam.*, janvier 1908, p. 15. — Saleilles. *Rapports*. — M. Dupuich. *Revue politique et parlam.*, février 1908, p. 322.

responsabilité subjective fondée sur la faute par la responsabilité objective fondée sur le risque dérivant de la propriété, le propriétaire d'automobile doit être tenu des dommages causés par l'accident de son véhicule, parce que la circulation de ce véhicule dangereux, sur les routes réservées jusqu'à présent à l'usage des voitures et des piétons, constitue un danger nouveau. En d'autres termes, celui qui profite d'un avantage nouveau à l'aide de sacrifices imposés à l'ensemble des citoyens par le partage des routes avec les automobiles est tenu par compensation, de réparer les préjudices résultant de cette concession dont il ne pourra se décharger qu'en prouvant la faute lourde de la victime. Il assume pour lui tous les risques, même les plus imprévus.

L'automobiliste est responsable, en principe, de tout accident causé par son véhicule, indépendamment de toute faute personnelle, parce que, par la création artificielle des vitesses excessives, les automobilistes détruisent les conditions antérieures naturelles de la sécurité humaine. Ce fait excessif, qui dérange les conditions ordinaires de la vie, à l'avis de M. Planiol, est fautif par lui-même, car les cas fortuits, les accidents d'automobiles, supposent toujours une négligence de la part du conducteur, comme la jurisprudence a toujours discerné une faute (négligence, défaut de surveillance, maladresse), de la part du gardien d'une chose ou d'un animal qui cause dommages à autrui (art. 1384 et 1385).

La responsabilité de l'automobiliste découle de l'obligation de surveillance, de direction de garde qu'il avait de son automobile, c'est à-dire de l'idée de faute.

Par la présomption d'une faute, négligence, imprudence, M. Planiol est arrivé au même résultat que la théorie du risque, car la victime d'un accident d'automobile est dispensée de prouver la faute du conducteur, chose qui serait très difficile à cause de la rapidité de l'accident.

La proposition d'une loi déposée au Sénat belge (1) met à la charge des automobiles une présomption de faute. Elle admet, pour l'automobiliste, la possibilité de se décharger de la responsabilité de l'accident de son véhicule, en prouvant la force majeure ou la faute de la victime.

M. Ambroise Colin (2), rapporteur d'un projet discuté par la Société d'études législatives, tout en proposant que l'automobiliste soit responsable en principe de tout accident causé par la rencontre de son véhicule, admet qu'il peut s'en décharger en prouvant la faute grave de la victime ou une force majeure qui ne constituerait pas un vice de la machine.

1. *Bulletin de soc. d'études législatives*, 1907, p. 307.

2. « L'automobile et la loi », (extrait de la *Revue polit. et parlem.*, janvier 1908, p. 21).

SECTION II

Le droit d'agir en justice

Le droit de soumettre ses différends à la justice nous apparaît comme irréductible, parce que c'est du devoir de chaque individu, en défendant son droit, d'apporter son obole à la réalisation de l'idée du droit sur la terre. Il est absolu, en ce sens seulement, que les tribunaux ne pourront pas, en invoquant l'évidente injustice de la demande, refuser d'accueillir celle-ci et de statuer sur elle. Il faut se garder de ne pas faire une erreur et de ne pas admettre que ce droit est absolu dans le sens qu'il peut être exercé en toute sécurité et, dans tous les cas, sans avoir à se préoccuper du mobile poursuivi par le titulaire. Le droit du plaideur, comme beaucoup d'autres droits, ne porte en lui-même sa propre justification : son exercice n'est légitime que dans la poursuite d'un but déterminé : la défense d'un droit et d'un intérêt sérieux et légitime. De tout temps, en droit romain (1), dans l'ancien droit français (2) et dans la

1. Institutes de Justinien, IV. 16.

2. Art. 88. Ordonn. de Villers-Cotterets de 1539.

jurisprudence constante, on a toujours condamné aux dommages-intérêts le plaideur, demandeur ou défendeur, qui a agi par pure malice dans un but de dilettantisme, sans un intérêt sérieux, en détournant le droit de son but social. Une pareille action téméraire et vexatoire constitue, d'après certains auteurs, une faute réprouvée par la conscience collective, un acte contraire au droit *lato sensu*, c'est-à-dire contraire aux règles sociales, aux principes de l'équité sous-jacents à la légalité qui nous imposent d'exercer nos droits dans un but loyal. D'autres auteurs, fondés sur la conception d'une notion restreinte de l'idée de faute (dépassement des limites objectives d'un droit fixées par un texte de loi ou règlement) ont préconisé l'utilité de remplacer la faute par la théorie de l'abus des droits pour apporter aux droits d'autres restrictions non fixées par le législateur, mais imposées par les besoins sociaux. Ils appellent abusifs les actes dommageables et vexatoires d'un plaideur téméraire qui, d'après la jurisprudence, forment les éléments constitutifs d'une faute (1).

La Cour de cassation (Chambre civile) prononce contre le perdant une allocation des dommages-intérêts, distincts de la condamnation aux dépenses de l'instance, non seulement quand elle constate à la base

1. Trib. de paix Châlons-sur-Marne, 22 janv. 1907. D. 08. 2. 350. — Req., 15 avril 1908. D. 08. 1. 423. — Req., 18 nov. 1907. D. 08. 1. 91.

de l'action en justice, de la défense ou de la procédure employée, un dol ou une erreur grossière équivalente au dol, mais même quand le recours aux voies judiciaires a été exercé par pure malice, par esprit de chicane, pour tourmenter son adversaire et sans aucun intérêt sérieux pour lui (1). Le pouvoir de scruter la moralité des mobiles poursuivis par les plaideurs pour les rendre responsables quand ces mobiles sont antisociaux, est laissé à la libre appréciation des juges de la cause, qui appliquent ainsi la maxime *malitiis non est indulgentum* aux plaideurs de mauvaise foi qui veulent abuser de la justice.

Ils considèrent comme fautifs les actes suivants, appelés abusifs par la doctrine de l'abus des droits : intenter un procès coûteux uniquement pour satisfaire des rancunes de famille (2), saisir entre plusieurs tribunaux compétents celui qui se trouve être le plus éloigné du domicile de son adversaire pour rendre sa défense plus onéreuse (3), multiplier sur la route de l'adversaire les incidents de procédure pour le lasser (4) poursuivre quelqu'un en contradiction avec l'attitude prise, les déclarations ou offres faites et les prétentions

1. Cass., 16 mars 1892. D. 92. 1. 224. — Cass., 3 févr. 1892. D. 92. 1. 115. — Cass., 14 mars 1894. D. 94. 1. 303. — Cass., 5 avril 1894. D. 96. 1. 241. — Cass., 11 janv. 1906. D. 07. 2. 391. — Cass., 24 avril 1907. D. 07. 1. 293.

2. Cass., 22 déc. 1893. D. 95. 1. 529.

3. Toulouse 12 juillet, 1823. D. A.

4. Cass., 3 mai 1836. S. 36. 1. 914. — Cass., 3 août 1891. D. 92. 1. 566. Orléans, 17 juillet, 1894. *Gaz. Pal.*, 94. 2. 226.

soutenues antérieurement (1), interjeter un appel malicieux ou téméraire (2).

De même pour la défense soutenue de mauvaise foi, par malice contre une prétention qu'on sait justifiée. Le défendeur qui cherche des incidents pour causer au demandeur des dépenses et des pertes de temps, est tenu à réparer ces dommages (3).

En matière de voies d'exécution il y a abus de droit de saisir, quand le créancier pour le paiement de quelques francs augmente les frais de poursuite et fait saisir tout le patrimoine immobilier de son débiteur qui avait perdu ses facultés mentales (4) (sans être encore interdit et donc sans pouvoir invoquer l'article 2206) et ne pouvait concevoir les conséquences désastreuses de la procédure suivie contre lui. Ou encore le cas du bailleur qui, pour une dette contestée, opère une saisie-gagerie sur le mobilier du locataire en vue de paralyser ses affaires et porter atteinte au

1. Cass., 27 juillet 1903. D. 1903. I. 488. — Amiens, 4 janvier 1893. D. 93. 2. 375.

2. Req. 27 mai 1884. D. 84. I. 437 (la partie fait défaut sur l'appel interjeté par elle-même). — Cass., 3 février 1892. D. 02. I. 115 (connaissance des vices de son appel). — Cass., 22 avril 1898. D. 98. I. 391. — Cass. 22 janvier 1900. D. 1900. I. 159. — Cass., 22 mai 1901. S. 1901. I. 272. — Cass., 19 mars 1907. D. 1907. I. 270 (l'appel qui a réussi ne peut pas être considéré comme vexatoire). — Cass., 19 juin 1893. D. 94. I. 215 (une tierce opposition reconnue mal fondée, pour retarder la solution d'un procès important.)

3. Cass., 26 janv. 1881. S. 81. I. 322. — Cass., 28 mai 1889. D. 90. I. 385. — Cass., 3 août 1891 (cité). — Cass., 12 fév. 1900. S. 02. I. 126. — Cass., 22 déc. 1902. S. 03. I. 533. — Cass., 14 mars 1905. D. 05. I. 270. — Paris, 2 août 1900. P. 01. 2. 113.

4. Trib. de Rethel, 8 juin 1904. D. 07. 2. 199.

crédit de son locataire (1) commerçant. Dès lors, le créancier est condamné à la réparation du préjudice que ces agissements abusifs ont causé à son débiteur parce qu'il a faussé son droit de saisie en l'exerçant malicieusement sans intérêt appréciable et sérieux : Il a agi sans droit, car il s'en est servi pour atteindre un but différent de celui déterminé par les principes de droit.

Cela veut dire que le droit de saisie est limité dans son exercice par la poursuite d'un intérêt légitime. L'application de l'idée d'abus à ce droit de saisie reviendrait, à l'avis de M. Saleilles (2), à restituer au débiteur, dans certains cas, et selon les cas, une sorte de bénéfice de discussion, ou plutôt à lui apporter une nouvelle restriction en le limitant aux immeubles dont la vente eût été suffisante aux paiements de la créance exigible.

Nous rattachons à cette idée le cas du créancier qui, ayant obtenu un jugement, prend inscription d'hypothèque judiciaire sur tous les immeubles que son débiteur possède ou acquerra dans l'arrondissement et dont la valeur est hors de proportion avec le chiffre de sa créance. Le tribunal de Toulouse, du 13 avril 1905 (3), ordonne, en vertu de l'article 2161 du Code civil, la réduction de l'hypothèque judiciaire et tout en formulant le principe de la théorie de l'abus :

1. Cour de Lyon, 25 mai 1906. P. F., 1907. 2. 256.

2. Rapport, p. 27, note 1.

3. D. 06. 2. 105, note de Jossserand.

« Attendu que le législateur paraît avoir voulu faire dans l'article 2161 une application de l'abus de droit, notion qui se rattache à l'idée de but ; que non seulement tout droit est limité dans son contenu, mais que de plus son exercice ne peut avoir lieu dans un but quelconque ; qu'il y a abus si le droit est exercé en vue de nuire à autrui, peut être aussi si le droit est exercé sans intérêt ou sans motifs légitimes... », décide le contraire, laissant les frais de cette réduction au débiteur parce qu'il relève certaines fautes à sa charge : « car il aurait dû comprendre étant donné l'attitude de ses créanciers à son égard, qu'il n'obtiendrait d'eux une restriction volontaire, qu'en leur fournissant les justifications les plus complètes et qu'ils les exigeraient avec une rigueur extrême ; qu'après la sommation adressée vainement à ses créanciers il aurait mieux valu que le débiteur usât de la voie judiciaire qui lui ouvrait l'article 2161 ».

M. Josserand critique cette solution du tribunal parce que ces reproches lui paraissent hasardés et divinatoires.

« En les formulant le tribunal exige du débiteur qui poursuit la réduction hypothécaire un tact rare et même une véritable prescience ; combien il s'est montré moins exigeant pour le créancier qui cependant a commis un abus manifeste en prenant des garanties hors de proportion avec ses droits. Cette incorrection initiale subsistait et conservait toute sa valeur en dépit

des griefs relevés à la charge du débiteur et le tribunal eût été sagement inspiré en faisant application, à l'espèce qui lui était soumise, de cette théorie de l'abus des droits qu'il venait de formuler exactement. Il est fâcheux que le tribunal ait pensé ne pas pouvoir utiliser un instrument dont il venait d'affirmer la légitimité et la haute signification sociale, d'autant mieux que le tribunal eût alors réalisé un objectif fort légitime en comprimant dans l'équitable limite cette sûreté si discutée et si désordonnée qu'est l'hypothèque judiciaire .»

La Chambre des requêtes de la Cour de cassation est moins exigeante que la Chambre civile, en déclarant qu'une condamnation à des dommages-intérêts aura lieu toutes les fois qu'une action, une voie de recours (1) ou une mesure d'exécution d'un jugement (2) ont été engagées avec une simple faute (négligence ou imprudence) indépendante de l'intention malicieuse.

En limitant la portée légale du droit de poursuite et du recours aux voies d'exécution, la Chambre des requêtes s'est montrée plus sévère dans l'appréciation de la faute. Elle exige plus de prudence de la part du titulaire de ces droits assez dangereux et susceptibles de causer un grand préjudice matériel et moral à ceux contre qui il est exercé.

1. Cass., 1^{er} juil. 1889. D. 90. 1.375. — Cass., 13 jan. 1873. D. 731 157. — Cass., 11 juin 1890. S. 92. 1. 449. | Cass. 22 janvier 1900. D. 909. 1. 159.

2. Cass., 3 février 1863 S. 63. 1.70. — Cass. 27 avril 1864 D. 64. 1.303 — Cass., 4. nov. 1874. D. 78. 1.73.

SECTION III

Liberté de la presse

Le droit d'exprimer sa pensée par la plume ou par la parole est considéré aujourd'hui comme un droit inviolable, comme une liberté nécessaire pour éclairer l'opinion publique. Cette liberté n'existait pas sous l'ancien régime, car elle est née de la déclaration des droits de l'homme proclamée pour la première fois par la Constitution de 1791 : « Tout citoyen peut parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté. »

C'est de ce principe vrai que s'est inspiré le législateur de 1881 pour voter la loi du 29 juillet 1881 intitulée : « loi sur la liberté de la presse », loi qui régit actuellement cette liberté de manifester sa pensée.

Tout en confirmant la liberté complète d'exprimer sa pensée par tous les moyens de publication (journal, livre, affiche) et sans aucune entrave à son exercice par des mesures préventives et fiscales (cautionnement, impôt des timbres, autorisation préalable) la loi de 1881 a pris des mesures pour réprimer les abus de cette

liberté. Par l'organisation d'un régime administratif de surveillance (déclaration d'existence, et désignation d'un gérant de la presse périodique) et surtout par la création des délits de presse, elle a apporté de nombreux tempéraments à la liberté de la presse ; ces délits de presse contre les particuliers réprimés par elle sont : la diffamation et l'injure. La diffamation consiste dans toute allégation et imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération d'une personne ; l'injure est toute expression outrageante, terme de mépris ou invective, qui ne renferme l'imputation d'aucun fait.

Nous savons que l'élément constitutif de toutes diffamations est l'intention de nuire, et que d'après une jurisprudence constante cette intention résulte suffisamment de l'imputation du fait diffamatoire.

Nous savons aussi qu'indépendamment de la poursuite devant les tribunaux répressifs, la victime d'un pareil délit peut agir au civil en vertu des articles 1382 et suivants, considérant la diffamation comme un simple fait dommageable et illicite.

En dehors de ces restrictions à la liberté de la presse, la responsabilité d'un écrivain peut être engagée même quand par le fait dénoncé il ne commet pas une diffamation, parce que ce fait ne porte atteinte en rien à l'honneur ou à la considération d'une personne. Dans ces cas où l'élément constitutif du délit de diffamation

manque, à l'avis des auteurs partisans de la théorie de l'abus, l'intention de nuire à autrui suffit pour révéler l'abus et engager la responsabilité civile de l'auteur. Cette conséquence résulte du fait que le droit d'exprimer sa pensée a un fondement altruiste qui consiste dans la poursuite d'un but désintéressé. L'écrivain qui ne se met au service d'une idée que pour faire connaître la vérité, et qui pourtant peut causer indirectement et accidentellement des dommages à autrui, échappe à toute responsabilité parce qu'il a exercé ce droit conformément à sa finalité propre et légitime. Au contraire, quand les mobiles principaux et déterminants qui l'ont inspiré sont antisociaux, c'est-à-dire quand il utilise ce droit dans un but égoïste, pour causer méchamment un dommage à autrui et non pour révéler une vérité dont la société peut tirer un avantage, alors il abuse de son droit d'écrivain et sa responsabilité civile est engagée.

Cela revient à dire que le droit d'exprimer sa pensée n'est pas établi uniquement dans l'intérêt de son titulaire, mais encore surtout dans l'intérêt social qui trace les limites de ce droit, c'est-à-dire qu'il n'est pas absolu, et qu'il n'est qu'un moyen pour atteindre un but déterminé : son exercice n'est licite qu'en vertu de sa fin. Abuser de ce droit, qui n'a pas son propre but en lui-même, consisterait à prendre le moyen pour la fin et à dépasser les limites de ce droit, en accomplissant

un fait défendu en droit. Cela revient à dire qu'abuser, c'est faire un acte non permis, sans droit.

Ainsi le droit du romancier d'emprunter ses sujets à la vie réelle a pour limites l'imputation malveillante émise avec l'intention de nuire. La Cour de cassation (1) s'est inspirée de cette même idée quand elle a condamné aux dommages-intérêts le journaliste qui a abusé de sa liberté en exhortant le public à ne plus se servir chez tel commerçant, parce qu'il n'observe pas le repos du dimanche. Ce fait dénoncé n'ayant rien de déshonorant, rien qui répugne à la publicité, la responsabilité du journaliste ne peut pas être fondée sur un délit d'injure ou de diffamation.

Par ces allégations calomnieuses et de mauvaise foi, le journaliste a exercé son droit en dehors de ses limites, non conformément à son but.

Il a commis une faute qui engage sa responsabilité civile.

La Cour de Lyon (2) déclare responsable le journal : *La France libre* qui, par une série d'articles avait provoqué le renvoi d'un organiste de l'église, sous prétexte qu'il est affilié à la franc-maçonnerie.

Tandis que le tribunal de Lyon justifie son jugement par l'intention de nuire, la Cour se fonde sur l'article 1382, qui atteint tous les faits dommageables qui sont de nature à porter atteinte au droit d'autrui

1. Cass., 8 mai 1876. D. 76. 1. 259.

2. Lyon, 10 juillet 1896. S. 97. 2. 76.

sans qu'il soit nécessaire qu'ils aient été commis avec l'intention de nuire.

M. Charmont (1) critique cette solution, car si le fait de soutenir ou critiquer une opinion politique ou religieuse est une faute, qui engage la responsabilité par le seul motif qu'il est dommageable, on ne pourrait parler de rien sans s'exposer à une condamnation, parce qu'il n'y a pas, à proprement parler, d'article inoffensif.

Il exige, pour qu'il y ait abus de droit, non seulement la conscience du préjudice causé, mais encore l'intention de nuire ; car c'est une précaution nécessaire contre les dangers auxquels nous expose la théorie, de l'abus, qu'on accueille favorablement parce qu'elle fournit le moyen de prévenir l'injustice qui naît de l'extrême rigueur du droit.

A notre avis, la responsabilité est fondée dans cette espèce sur le fait que la *France libre* n'a pas eu en vue un but désintéressé, qu'elle n'a pas défendu un principe dans une direction sociale, lorsqu'il ne s'agit que d'obtenir la révocation d'un pauvre petit employé. C'est-à-dire qu'elle a commis une faute en détournant son droit du but licite déterminé par une règle de droit.

Il y a une tendance contraire de la jurisprudence de supprimer la responsabilité pour les attaques ou les

1. *Revue critique*, 1898, p. 142.

polémiques assez violentes qui se produisent au cours d'une période électorale (1). Ainsi, un journaliste qui accuse un homme politique d'avoir contribué à propager la doctrine du collectivisme révolutionnaire, peut user de son droit jusqu'à la dernière limite sans en être responsable.

Cela nous paraît absolument contraire à la doctrine de l'abus de droit.

M. Jossierand (2) cherche à expliquer cette indulgence de la jurisprudence par l'échauffement des esprits qui, dans le feu de l'action, ne mesurent plus les propos, et surtout par la considération que de telles attaques, survenues en un pareil moment, sont dirigées bien moins contre des individus que contre les doctrines qu'ils représentent.

Il déduit qu'il n'y a pas abus de droit dans ce cas parce que l'objectif véritable des polémistes est désintéressé : la liberté d'exprimer sa pensée est utilisée pour la défense des convictions, dans une direction sociale.

Nous pensons que dans un cas pareil, on considère qu'il n'y a pas faute de la part du polémiste qui exerce son droit conformément à son but déterminé.

De même pour le critique d'art et littéraire. Il est responsable quand dans l'exercice de son droit il a dépassé les limites d'une critique honnête et loyale.

1. Douai, 28 oct. 1901. *Gaz. Trib.* 1902. 1. 58.

2. *Op. cit.*, p. 25.

Quand un critique, exprimant loyalement son opinion désintéressée dans un journal, trouve dans ses appréciations qu'un livre est mauvais, ou qu'une pièce de théâtre est ennuyeuse, il cause le plus souvent un dommage à l'auteur du livre, au directeur du théâtre ; le public n'ayant d'autre opinion que celle qu'il emprunte aux comptes rendus. Il ne peut pas en être pourtant responsable, par ce seul fait qu'il cause dommage à quelqu'un, car alors on devrait supprimer le droit même de critique.

Au contraire, quand dans la critique il est guidé non par le souci de la vérité, quand il ne fait plus œuvre consciencieuse sincère, honnête et loyale, il devient responsable pour les dommages causés.

Sa responsabilité est engagée non seulement quand il commet un délit de diffamation, par des allégations qui portent atteinte à la considération personnelle d'un écrivain, mais même quand on abuse de ce droit de critique par des attaques méchantes, ayant pour but de nuire à quelqu'un (1) ; car chacun est libre de juger et de censurer les pièces qui sont représentées, pourvu que les critiques qui se produisent soient exemptes de mauvaise foi et désintéressées. Le médecin n'est pas responsable de la critique qu'il fait d'un remède devant

1. Trib. civ. Lyon, 9 décembre 1904. — *Mon. judic.* du 24 décembre 1904. — Tib. de Reims, 3 novembre 1892. D. 93. 2. 486.

son client, si cette critique est faite de bonne foi et non inspirée par l'intention de nuire à l'inventeur (1).

De même, le droit de réponse conféré par l'article 13 de la loi du 29 juillet 1881, nous apparaît au premier abord comme un droit général et absolu.

La jurisprudence (2) est venue pourtant nous dire que ce droit doit s'enfermer dans la mesure d'une légitime défense et que le refus d'insertion d'une réponse dans un journal est justifié (à l'encontre des dispositions de la loi de 1881), non seulement quand elle est de nature à blesser l'honneur de quelqu'un, mais même quand elle contient un passage qui prouve à l'évidence l'intention de nuire à autrui, de porter atteinte à l'intérêt légitime d'un tiers (d'un journaliste).

1. Bordeaux, 25 février 1873. D. 73, 2. 407.

2. Cass., 8 janvier, 1892. S. 92. 1. 168.— Cass., 3 août 1894. S. 94. 1. 431.— Cass., 21 mai 1898. D. 1900. 1. 32.— Cass., 29 juin 1900. S. 900. 1. 480.— Cass., 3 juin 1892. D. 93, 1. 461.— Cass., 10 avril 1891. D. 92. 1. 80.— Cass., 17 juin, 1898, S. 98 1. 547.

SECTION IV

Exercice abusif du droit de grève

Le droit de grève a été reconnu par la loi du 25 mai 1864, qui supprima le délit de coalition de l'article 416 du Code pénal, en le remplaçant par le délit d'atteinte à la liberté du travail. Ce droit a été complété par la loi du 21 mars 1884 sur les syndicats professionnels qui, abrogeant l'article 416 du Code pénal, rend licite le fait de se concerter pour préparer une grève.

Quoiqu'on considère aujourd'hui la grève comme un droit légitime, il est loin d'être absolu, car en dehors des restrictions apportées par le législateur de 1864 (qui déclare illicite ce droit, quand, par des actes de violence, voies de fait, menaces et manœuvres frauduleuses il porte atteinte à la liberté du travail, article 414, C. pén.) la jurisprudence est intervenue pour déclarer illicite ce droit de grève toutes les fois qu'il est exercé dans un but autre que la défense des intérêts collectifs professionnels des ouvriers syndiqués.

Ainsi, en absence de tout acte de violence et voies de fait, la menace de grève dictée par un pur esprit

de malveillance engage la responsabilité civile des grévistes (du syndicat), parce qu'alors le but principal de la grève est la satisfaction d'une rancune personnelle, soit pour faire renvoyer un ouvrier non syndiqué (1) ou exclu du syndicat (2), soit pour faire expulser un chef d'équipe, dont aucun grief sérieux ne motive le renvoi (3), soit pour mettre à l'index le patron à cause de son attitude politique, ou dans le seul but de vengeance contre lui, à raison d'un renvoi prétendu injustifié d'un ouvrier et sans aucun profit pour les intérêts professionnels des ouvriers (4).

La jurisprudence explique la responsabilité civile des syndicats par l'idée d'une atteinte à la liberté du travail individuel, à la liberté d'association consacrée par l'article 7 de la loi de 1884, à la liberté de l'industrie,

1. Chambéry, 14 mars 1893. D. 93. 2.191. — Lyon, 2 mars 1894. D. 98. 2. 305. — Lyon, 15 mai 1895. S. 96, 2. 31. — Paris, 31 mars 1896 S. 96. 2. — La Chambre des Lords d'Angleterre statuant comme tribunal suprême se prononce dans un sens contraire en déclarant licite la menace de grève des Trade-Unions, en vue de pousser le patron à renvoyer un ouvrier non affilié à leur association. *Journal des Débats* du 17 déc. 1897. Allens contre Flord. *Times*, 15 déc. 1897.

2. L'affaire de l'ouvrier Joost contre le syndicat de Jallieu. Cass., 22 juin 1892. D. 92. 1. 449; S. 93. 1. 41. — Cour de Paris, 5 févr. 1901. D. 01. 2. 427.

3. Cas., 9 juin 1896. S. 97. 1.25. — Nîmes, 2 févr. 1898. S. 98 2.126.

4. Trib. féd. suisse, 14 oct. 1889. S. 900. 4.22. — M. Wahl. *Revue trimestrielle*, 1908, 633, constate que ce cas n'est pas de nature à pouvoir se présenter souvent, car il faut supposer non seulement une rare énergie chez l'ouvrier provocateur de la grève, mais encore une extraordinaire naïveté chez les ouvriers qui obéissent à ses suggestions, quoi qu'on peut supposer pouvoir leur faire persuader une sérieuse utilité à ce mettre en grève.

dans ces cas où le droit de grève est exercé dans le seul but de nuire à autrui, sans aucun profit pour les intérêts professionnels des ouvriers.

La Cour de cassation de 1896 trouve que c'est une erreur de dire (comme l'arrêt de la Cour de Grenoble du 23 octobre 1890 cassé en 1892, ou celui de la Cour de Rennes, 21 juillet 1894, cassé en 1896), que l'exercice du droit de grève reconnu par la loi de 1884, n'ouvre jamais une action en dommages-intérêts sans distinction de mobile, ou d'appliquer l'article 414 du Code pénal (comme a prétendu M. l'avocat général Desjardins. S. 97. 1. 25) dans tous les cas où l'article 416 du Code pénal s'appliquait autrefois, même si la grève n'est pas accompagnée de violences ou voies de fait. Dans ces derniers cas, la grève n'est pas réprimée pénalement, mais elle continue à pouvoir constituer une faute civile. L'abrogation de l'article 416 du Code pénal a supprimé le délit pénal d'atteinte à la liberté de travail et non le délit civil, car la suppression d'une responsabilité pénale n'entraîne pas forcément la suppression d'une responsabilité civile.

Par conséquent, le législateur de 1884 a laissé intacte la responsabilité civile des auteurs de faits qui portent atteinte à la liberté de l'industrie ou du travail (1), par le détournement du droit de grève de son but légal.

1. En ce sens M. Mancelle Bauthé, discussion au Sénat. Débats parl. *J. off.*, 28 janvier 1884, p. 1938.

La grève n'est pas absolue ; car, n'étant établie que comme un moyen de sauvegarder les véritables et justes intérêts des ouvriers et employés de l'industrie, elle peut être illicite même en absence de tout désordre ou voies de fait, quand le but poursuivi par les grévistes est illicite, quand ils ne poursuivent pas un intérêt professionnel, mais cherchent à mettre à l'index tel ou tel ouvrier ou tel employé retiré du syndicat, de manière à ne plus le laisser entrer même dans d'autres ateliers. La Cour de Paris du 5 février 1901 a reconnu que l'article 414 du Code pénal est applicable à la menace d'une perte absolue de travail.

L'exercice de ce droit, n'ayant plus alors pour but d'obtenir la satisfaction d'un intérêt et le désir de nuire à son semblable, de porter atteinte à sa liberté de travail étant son unique mobile, constitue une faute, un acte accompli sans droit au sens de l'article 1382 (1).

1. M. Albert Wahl. *Revue trimestrielle* de 1908, p. 621, et la Cour de Riom du 7 févr. 1900 (S. 903. 2. 223). La mise à l'index d'une maison de gros qui a méconnu l'intérêt professionnel, traitant des affaires avec des particuliers sans avoir recours à un intermédiaire.

M. Esmein et la Cour de Toulouse du 20 juillet 1896 (S. 98. 1. 17). Trib. de Douai, 7 mai 1902 (D. 903. 3. 329). Mise à l'index du patron par voie d'affiches déloyalement et sans aucune utilité professionnelle. Cas. requ., 25 janv. 1905 (D. 06. 1. 153). La mise à l'index du patron, qui refuse l'adhésion à un tarif de salaire publié par le syndicat, est licite. La note de M. Planiol, sous la Cour de Limoges du 10 juin 1902 (D. 03. 2. 329). « Le droit du syndicat de prononcer la mise à l'index ne sert pas de but et de fin à lui-même ; il n'est qu'un moyen pour atteindre indirectement un résultat déterminé, l'amélioration des conditions de travail des ouvriers. Son but étant licite, il l'est aussi.

« L'erreur des auteurs qui croient apporter par les cas d'abus

Ce que les auteurs de la théorie de l'abus appellent exercice abusif d'un droit, n'est en réalité que l'absence de droit, ou un acte exercé en dehors de ses limites normales fixées par son fondement juridique, par la défense des intérêts professionnels, unique objet assigné à l'activité des syndicats. C'est une question d'appréciation pour les tribunaux, de distinguer l'absence de droit de son exercice légitime.

Ce système de juger la légalité de la grève d'après le but poursuivi par les grévistes, apparaît à certains auteurs (1) comme le plus incertain, car dans la plupart des cas, la mise à l'index peut s'expliquer tout aussi bien par l'intérêt professionnel que par une intention malveillante de nuire ; ainsi, pour la grève qui aurait pour but d'obtenir le renvoi d'un ouvrier ou pour mettre en interdit un patron par voie d'affiches, le syndicat peut soutenir qu'il a voulu assurer la sauvegarde des intérêts professionnels compromis par les agissements ou les manœuvres de l'individu visé, ou

une catégorie nouvelle d'actes illicites, est de partir de l'idée qu'on peut léser le droit d'autrui, sans excéder son propre droit, alors que tout l'effort de la législation et de la jurisprudence sur ce point a consisté seulement à déterminer les limites de chaque droit et à dire à quelles conditions un acte peut être considéré comme licite.

« A défaut (par les auteurs de la loi), d'avoir prévu ce qui peut être défendu aux syndicats pour empêcher des abus, la jurisprudence, aux lumières de laquelle ils se sont rémis, doit, par application du droit commun, se servir de la notion de la faute, et les résultats auxquels elle arrive avec cette seule notion en montrent, mieux que tous les raisonnements, l'excellence et la nécessité.

1. M. Perrcau. *Revue critique*, 1904, p. 142.

qu'il a voulu amener le patron à céder et à accepter les conditions de travail fixées par lui.

Ces auteurs critiquent, avec raison, les solutions de la jurisprudence qui expliquent la responsabilité du syndicat par la seule violation de la liberté du travail (art. 7 de la loi 1884) de celui visé par la mise à l'index, car comme toute grève porte plus ou moins atteinte à une liberté, ce serait restreindre singulièrement la portée des droits reconnus aux syndicats par la loi de 1884, et déclarer la grève illégitime en toute hypothèse. En réalité, la grève dépourvue de violence ne lèse aucun droit du patron, car celui-ci reste libre de recruter un personnel nouveau et de continuer son industrie. De même, la privation relative des travailleurs du droit au travail et au salaire, étant la conséquence nécessaire de la grève la plus légitime, ne peut pas constituer un critérium de l'abus du droit de grève ; comme l'a soutenu le juge de paix suppléant du X^e arrondissement de Paris à propos de la grève des électriciens.

M. Albert Wahl a critiqué ce jugement du 9 septembre 1908 dans la *Revue trimestrielle de droit civil* 1908, p. 639, n^o 34-39.

On soutient (1) que l'article 7 de la loi de 1884 interdit simplement toute clause de statuts liant le syn-

1. M. Jay [note. S. 93. I. 41.

diqué au syndicat, et laisse libre le syndicat d'user de tous les moyens licites pour englober le plus grand nombre possible d'ouvriers dans l'intérêt professionnel. Par ce raisonnement, on est allé jusqu'à admettre (1) que la grève serait encore licite dans le cas où le syndicat, pour la défense des intérêts généraux des ouvriers de même profession ou même de ceux qui exercent d'autres professions, aurait invité tous les ouvriers même non syndiqués, ou appartenant à d'autres syndicats, à ne plus travailler chez le patron. Nous pensons que l'article 7 de la loi de 1884 par la généralité de ses termes, vise tout moyen de contrainte exercé même indirectement sur les ouvriers pour les obliger à faire partie du syndicat.

Il veut garantir la liberté individuelle de travail, sans donner au syndicat la faculté d'entendre ainsi par l'intérêt professionnel, les démarches qui rendent l'adhésion au syndicat obligatoire.

La jurisprudence a considéré injustement comme illicite la grève quand elle est imposée, sans menace, par

1. M. A. Wahl (*Revue trimestrielle*, 1908, précitée) invoque en ce sens les travaux préparatoires de la loi de 1884 (le texte primitif de l'art. 3) et la suppression du délit de coalition. D'après lui il est fort douteux que les attributions du syndicat se restreignent à la défense des intérêts professionnels de ses membres, car la suppression des termes finaux de l'article 3 : « Les syndicats ont la défense des intérêts généraux de leurs professions ou métiers », a été faite en vue d'éviter que ces termes ne pussent servir de prétexte à des discussions étrangères aux questions professionnelles (du domaine de la politique).

le syndicat aux ouvriers non syndiqués (1), parce qu'alors elle ne porte pas atteinte à la liberté du travail conservé entier par les ouvriers non syndiqués.

Nous croyons injuste d'invoquer, dans ces cas, l'article 7 de la loi du 21 mars 1884, qui interdit aux syndicats d'empêcher la retraite de leurs membres.

S'il est vrai qu'il y a de la part du syndicat un moyen indirect de contraindre un ouvrier à rester ou à entrer dans la corporation, quand cet ouvrier a été mis à l'index pour avoir refusé de faire partie du syndicat ou pour s'en être retiré ; il n'est pas moins vrai que le syndicat ne cherche aucunement à attirer les ouvriers non syndiqués dans son sein, quand il les invite, concurremment avec les ouvriers syndiqués, à ne pas se mettre au service de tel patron. Par l'obéissance à cette injonction les ouvriers non syndiqués ne se trouvent pas compris dans le syndicat, ils ont gardé leur pleine liberté d'entrer dans le syndicat provocateur de la grève.

Même en supposant que le syndicat n'eût pas le droit de défendre d'autres intérêts que ceux de ses membres, ce syndicat, interdisant aux ouvriers non syndiqués de travailler chez le patron mis à l'index, peut n'avoir agi ainsi que dans l'intérêt professionnel de ses membres. Dans ce cas, la grève est légitime même si le syndicat a mal compris les intérêts de ses membres, en récla-

1. Cour de Paris, 5 févr. 1901. D. 901. 2.427. — Limoges, 10 juin 1902. S. 903.2. 233.

mant par exemple une augmentation exagérée de salaires.

On a soutenu que les restrictions très équitables précisées par la jurisprudence, seraient insuffisantes et qu'une intervention législative serait peut être désirable pour déterminer les cas dans lesquels la mise à l'index est licite.

C'est ce que s'est proposé de faire la commission parlementaire du travail dans le projet de loi du 28 décembre 1903 (1). L'article 10 de ce projet décide que : « la mise en interdiction prononcée par le syndicat dans un but autre que la protection des intérêts purement professionnels et l'assurance de la jouissance des droits reconnus aux citoyens par la loi (liberté de conscience de travail, d'association) constitue un délit civil, donnant lieu à l'action en réparation du préjudice causé. »

La théorie d'abus d'un droit s'est présentée à propos d'une question délicate, celle de savoir dans quelle mesure les tiers ont le droit d'intervenir dans une grève. C'est à propos de la célèbre affaire Rességuier contre M. Jaurès que cette question a été tranchée.

Les tiers ont ce droit d'intervenir dans une grève, parce que c'est un droit indépendant du droit de grève, et parce que tout homme a un droit de donner son

1. Rapport de M. Barthou, p. 98, annexé au procès-verbal de la séance de la Chambre du 28 déc. 1903.

conseil désintéressé ou un appui à autrui dans l'exercice d'un autre droit. Il est injuste de dire, comme la Cour de Toulouse du 20 juillet 1896 l'a fait, que nul n'a le droit de s'ingérer dans les affaires d'autrui sans un intérêt réel, car personne n'oserait déclarer illicite la gestion d'affaires qui ne suppose aucun intérêt personnel chez le gérant (1). Il s'agit du droit de communiquer sa pensée, d'assister ses semblables, droit qui ne peut être illicite par le seul fait qu'il cause un préjudice au patron.

Dans ce cas il n'y a pas eu abus de ce droit, caractérisé par le mobile illicite poursuivi par son titulaire, car tout le monde reconnaîtrait qu'il était impossible de suspecter à ce point l'intention de M. Jaurès et ne voir dans son intervention qu'une œuvre d'inimitié personnelle pour atteindre M. Rességuier dans son crédit et dans ses intérêts.

La Cour de cassation du 29 juin 1897 (2) déclare licite le droit d'un tiers d'intervenir dans la grève (la loi de 1884 défend seulement son immixtion dans un syndicat professionnel) pourvu qu'il soit exercé dans les conditions permises aux parties intéressées elles-mêmes, c'est-à-dire, en s'abstenant de violences et fraudes réprimées par l'article 414 du Code pénal.

M. Wahl n'admet pas la solution de la Cour de

1. M. Charmont. *Revue critique*, 1898, p. 141.

2. S. 98. I. 17 note de M. Esmein. P. F. 97, I. 337, note de Merignhac.

cassation, qui, dans sa souveraine appréciation, avait constaté l'existence de manœuvres frauduleuses dans les subventions données aux ouvriers grévistes, pour prononcer une condamnation contre M. Jaurès au profit de M. Rességuier (1).

Nous pensons qu'en réalité, l'intervention des tiers qui fournissent des sommes d'argent à la coalition ou l'institution des caisses de chômage, ne constitue pas une manœuvre frauduleuse dans sa signification juridique, parce qu'elle ne diminue en rien la liberté de travail et parce qu'on ne trompe ni le patron ni les ouvriers en attirant ces derniers dans la grève par l'appât d'une somme d'argent.

Il n'y a pas abus de droit, donc il faut repousser toute responsabilité, si la grève est déclarée par une fausse conception des intérêts des ouvriers, parce qu'alors le but poursuivi par les chefs de la grève, étant licite, il n'y a pas faute mais erreur sur les intérêts professionnels. Il y a faute à user de son droit, quand ce droit est exercé exclusivement dans le but de nuire à autrui ; ce qui n'existe pas, quand un syndicat croit à tort que les intérêts professionnels sont lésés. Par exemple, la grève est légitime (non abusive) si le syndicat la provoque pour empêcher le patron d'embaucher des ouvriers disposés à se contenter d'un salaire infé-

1. *Revue trimestrielle*, 1908, p. 624. En même sens le rapport de M. E. Ollivier dans les travaux préparatoires de la loi de 1864.

rieur, ou pour provoquer le renvoi d'un contremaître qui portait préjudice aux ouvriers par un excès de sévérité. Dans ce cas, le syndicat est estimé agir dans l'intérêt, bien ou mal compris, des ouvriers, empêchant l'avilissement général des salaires ou l'excès de sévérité d'un contremaître.

M. Albert Wahl (1) critique les arguments invoqués par la Cour de Riom pour justifier les dommages-intérêts prononcés contre un syndicat de marchands de meubles au détail, qui a mis à l'index (par voie d'affiches) une maison de gros pour avoir traité ou sollicité des affaires avec des particuliers, sans avoir recours à un intermédiaire, contrairement à l'usage. Dans l'espèce, il ressort de ces faits relevés par l'arrêt, que la mise à l'index de cet industriel avait pour but, non l'intention exclusive de nuire à ce commerçant en lui enlevant sa clientèle commerciale, mais de l'obliger à cesser de méconnaître l'intérêt professionnel des négociants lésés par la vente directe aux particuliers de ses produits. Le syndicat a agi dans un but licite, défendant les intérêts de ses membres (les intermédiaires dont se servaient les négociants de la région) donc, à tort, la Cour de Riom déclare le syndicat responsable.

De même pour l'argument qui résulte du fait que

1. Note sur l'arrêt de la Cour de Riom du 7 février 1900. S. 903.
2. 225.

l'acte reproché à l'industriel mis à l'index n'était pas établi, comme n'était pas établi l'usage d'un intermédiaire du petit commerce. Cela n'est pas une raison pour dire qu'il y a abus de droit, car ce qui caractérise cet abus est l'intention exclusive de nuire à autrui.

Or, quand le syndicat des négociants croit à tort que les intérêts de ses membres sont lésés par le fait d'un industriel, la mise à l'index de cet industriel est légitime parce qu'il y a erreur et non un acte de malveillance.

M. Wahl constate que, dans l'espèce présentée à la Cour de Riom, il ne s'agit pas de savoir si l'usage d'un intermédiaire est établi, mais uniquement si cet usage même non établi, justifie la mise à l'index du commerçant qui ne s'y conforme pas :

« Il nous paraît incontestable que la mise à l'index peut être valablement prononcée, sans qu'on puisse, pour en discuter la légitimité, objecter que le syndicat s'est à tort basé sur un prétendu usage. C'est un droit pour le syndicat de mettre un industriel à l'index ; il n'a pas à en donner de motifs, pourvu qu'il ait agit dans un intérêt professionnel, et non dans un esprit de malveillance. A supposer que l'usage ne fût pas établi, il pouvait être, et il était en fait utile au syndicat que l'industriel se conformât à la règle que le syndicat prétendait trouver dans cet usage. »

La vraie pensée de la Cour de Paris du 9 juin 1896, quand elle déclare illégitime la grève faite pour provoquer le renvoi d'un contremaître, paraît (à l'avis de

M. Wahl) se fonder, non tant sur l'idée que les griefs invoqués contre ce contremaître ne sont pas justifiés en fait (comme l'a décidé la Cour de Nîmes du 2 février 1898, 1^{er} arrêt. S. 98. 2. 126), mais parce que ces griefs étaient fictifs et déguisaient le désir de nuire, qui seul avait motivé la demande de renvoi.

M. Wahl (1) critique, dans le même sens, les arguments du tribunal de Douai du 7 mai 1902, qui rend responsable le syndicat d'ouvriers typographes qui a mis à l'index, par voie d'affiches, une maison d'imprimerie. Pour démontrer que l'article 1382 du Code civil était applicable, le tribunal de Douai déclare que : si justifiée que puisse être la mise en interdit d'un établissements industriel, il y a faute quand la publicité d'une pareille mise à l'index était inutile, par conséquent abusive et vexatoire.

Il commet ainsi une erreur, car ce qui caractérise l'acte abusif est l'intention exclusive de nuire à autrui ; un acte peut être en fait inutile sans être accompli dans l'intention de nuire, quand il y a erreur sur l'intérêt légitime poursuivi par cet acte ; une grève, dont le but est licite, n'est pas abusive, quoi qu'elle n'a eu pour les ouvriers aucune utilité, à cause d'une fausse conception des intérêts de ceux-ci (2).

1. Note sous l'arrêt de la Cour de Limoges du 10 juin 1902. S. 03.

2. 233

2. En ce sens le trib. fédéral suisse du 14 oct. 1899. S. 900. 4. 22.

Dobrovici

A notre avis, ce qui a décidé le tribunal de Douai à rendre responsable le syndicat a été, non tant l'inutilité de la publication de la mise à l'index, mais parce que cette publicité extra-professionnelle déguisait l'intention de nuire, qui avait été le but principal et déterminant poursuivi par le syndicat.

SECTION V

Le refus abusif d'embauchage

Le principe de la liberté contractuelle apparaît assez impérieux pour constater que le refus de conclure un contrat est un des droits les plus absolus et les plus sacrés, qui ne peut jamais devenir générateur de responsabilité.

Mais, à la suite d'un examen plus consciencieux, on constate tout de suite que cette liberté de refuser de contracter n'est pas absolue. Le refus d'embauchage n'est autre chose que la mise à l'index par le patron d'un ouvrier ou d'une catégorie d'ouvriers syndiqués.

Comme le droit de grève, le refus d'embauchage ne porte pas en lui-même sa propre justification ; il n'est qu'un moyen pour atteindre un but déterminé.

Son fondement légitime est l'utilité, et son exercice n'est licite qu'en vertu de ce seul but.

Le patron est libre de refuser d'embaucher un ouvrier qui ne lui paraît pas réunir les conditions requises normalement pour un emploi déterminé, sans qu'il en soit responsable.

Au contraire, quand le patron sans aucun intérêt sérieux et par pur caprice ou méchanceté, prend en considération une qualité qui, comme celle d'être syndiqué, n'est pas de nature à justifier un intérêt sérieux pour lui, alors il détourne son droit de sa destination sociale, pour porter atteinte au fonctionnement d'une institution légale. Il commet une faute de nature à engager sa responsabilité envers ceux que son attitude aurait lésés (le syndicat).

En ce sens s'est prononcé le tribunal civil de Bordeaux (1). Il condamne aux dommages-intérêts un patron qui, refusant systématiquement d'embaucher des ouvriers sous le seul prétexte qu'ils faisaient partie d'un syndicat régulièrement constitué, a provoqué la démission d'un grand nombre de membres du syndicat. Dans l'espèce, c'était le président du syndicat qui réclamait de ce chef une indemnité au patron, qui fait peser une suspicion sur l'action syndicale.

Les partisans de la théorie de l'abus (2) invoquent cette décision en faveur de leur doctrine disant que l'abus de ce droit consiste dans le refus méchant du patron, dans l'esprit de malveillance de nuire à autrui pour rien, pour le plaisir, sinon dans le but prohibé de mettre obstacle au fonctionnement d'une institution légale.

1. D. 1906. 1. 113. Trib. civ. Bordeaux du 14 déc. 1903.

2. Jossierand, p. 31.

Ils prétendent que, par cette nouvelle application de leur théorie, on apporte des limites à ce droit trop absolu, tandis qu'en réalité le droit du patron n'est pas absolu mais limité déjà par son fondement juridique comme, d'ailleurs, l'a très bien exprimé le tribunal de Bordeaux : « Attendu que les principes généraux de droit conduisent à limiter ce droit de refus, que si on ne peut le contester quand il s'agit pour le patron de sauvegarder un intérêt, on doit le dénier, quand l'intérêt du patron n'était pas en jeu, il s'agit simplement de nuire au syndicat mis par lui à l'index. » Abuser d'un droit, c'est donc dépasser ses limites, c'est agir sans droit, car comme l'a très bien exprimé le tribunal de Lille, « là où apparaît l'abus cesse le droit (1) ».

La Chambre des requêtes du 13 mars 1905 rejetant le pourvoi en cassation, déclare aussi que le refus d'embaucher peut constituer une faute dans certaines circonstances, comme dans l'espèce, l'esprit de malveillance du patron contre les ouvriers syndiqués.

M. Ferron (2) est de même avis quand il nous dit

1. En même sens : Le tribunal de commerce d'Eprenay, 26 février 1906. — *Gaz. du Pal.*, 1^{er} mai 1906. — Trib. civ., Lille, 12 nov. 1906. D. 908. 2. 73 (note de M. Josserand).

M. Georges Ripert (*Revue critique*, 1909, p. 147) soutient que dans ces cas « d'usage anormal d'un droit » il ne s'agit nullement d'une question d'abus d'un droit négatif (il est impossible d'admettre un pareil abus), mais d'une question très banale de responsabilité du patron envers le syndicat et non envers l'ouvrier qu'il avait refusé d'engager.

2. Note S. 905. 2. 17.

que le refus d'embauchage, dans ce seul but de nuire au syndicat, d'entraver le fonctionnement d'une institution légale, constitue une faute de la part du patron, parce qu'alors il n'exerce plus normalement une des prérogatives les plus sacrées qui soient, celle de choisir librement son cocontractant. On ne saurait tolérer l'usage du droit d'une façon parfaitement inutile, dans le seul but de réorganiser une société régulière ayant une existence légale.

Le seul refus d'embaucher n'engage pas la responsabilité du patron, car alors il faudrait admettre en face du droit indiscutable du patron de refuser les offres qui lui sont faites, une obligation légale de contracter malgré sa volonté. Or, nul texte ne le force à contracter contre son gré, car la notion du contrat, forcé serait une absurdité.

On ne peut fonder non plus la responsabilité du patron, qui refuse sans intérêt d'embaucher un ouvrier syndiqué, sur l'idée d'une faute contractuelle commise par la rupture brusque, sans préavis d'une convention passée avec le syndicat ; « de n'employer que des ouvriers syndiqués ». Un pareil contrat est reconnu nul par le juge de paix (18 août 1903) et le tribunal de Bordeaux ; sa rupture étant plutôt un devoir ; il ne peut y avoir faute de rompre un contrat nul, qui constituait lui-même une faute à l'égard des ouvriers non syndiqués.

Une question se pose alors. Comment le syndicat mis

à l'index prouvera-t-il l'esprit de malice ou le manque d'un intérêt sérieux de la part du patron ? ; car on suppose que le refus d'embauchage repose sur un motif plausible, pour éviter le désordre qu'un ouvrier syndiqué pourrait causer.

Nous croyons que dans l'espèce, cette preuve ne consiste pas dans le seul fait qu'à partir d'une certaine date la patron a refusé d'embaucher les ouvriers appartenant au syndicat et qu'aucun syndiqué n'a été embauché depuis lors. D'autres circonstances de fait ont pesé sur l'esprit des juges, pour les convaincre que le patron n'a pas eu un intérêt légitime de refuser l'embauchage des ouvriers et qu'il était conduit par un simple et unique esprit de bienveillance contre le syndicat ; à savoir que le patron n'a allégué aucun motif ou qu'il ne l'a inventé qu'après coup pour justifier son refus d'embauchage. Cela ne veut pas dire que le patron doit motiver par une raison sérieuse son refus d'embauchage quand un ouvrier syndiqué se présente pour être engagé. C'est le juge, se laissant conduire par les circonstances de fait, les mœurs du milieu social et économique, qui décidera si le patron a dépassé les limites de son droit.

M. L. Morel (1), pour expliquer la responsabilité qui résulte du refus de contracter, fait la distinction suivante :

Quand le patron refuse d'accepter les offres d'un ouvrier ou d'entrer en pourparlers avec lui, il n'en est

1. « Refus de contracter. » *Revue trimestrielle*, 1908, p. 289.

pas responsable, parce qu'alors l'ouvrier sollicitant n'a encore aucun droit à la conclusion du contrat ; et parce que le patron peut prétendre avoir toujours un intérêt légitime à rejeter les offres et à choisir ses ouvriers.

Au contraire, si c'est le patron qui fait une offre d'embauchage (une offre d'entrer en pourparlers avec les ouvriers) alors le patron, quoique non encore engagé dans les liens d'un contrat par la simple acceptation de ses offres, ne reste pas moins responsable, quand son refus d'entrer en pourparlers, ou la rupture des pourparlers préliminaires avec un ouvrier syndiqué, n'est pas fondé sur un intérêt sérieux et légitime, comme une raison de redouter l'ingérence extra-professionnelle et malveillante du syndicat dans son entreprise ou de craindre que l'entrée d'un syndiqué dans sa maison ne soit une cause de désordre.

MM. Saleilles (1) et Morel préconisent l'idée d'une responsabilité précontractuelle fondée sur ce fait que le patron, en invoquant des considérations personnelles dont normalement on ne tient pas compte, pour refuser d'embaucher un ouvrier uniquement par désir de porter atteinte au droit qu'a tout ouvrier de faire partie d'un syndicat, il trompe la légitime confiance de l'ouvrier, il contrevient à la bonne foi nécessaire aux relations contractuelles.

1. *Revue trimestrielle*, 1907, p. 697.

Nous croyons qu'on peut expliquer cette responsabilité sans recourir à cette nouvelle théorie, par la seule idée d'une faute contre l'honnêteté, contre les principes de droit qui nous obligent d'agir normalement, conformément à la loyauté et avec un intérêt sérieux.

On a tenté de restreindre par voie légale le droit du patron le plus naturel de tous les droits et qui est un élément essentiel de la liberté individuelle, celui de choisir à son gré ses collaborateurs. La Chambre des députés a adopté à deux reprises la proposition de M. Bovier-Lapierre punissant d'une amende et d'un emprisonnement le patron convaincu d'avoir entravé ou troublé la liberté des associations professionnelles par refus motivé d'embauchage, ou par renvoi d'ouvriers à raison de leur qualité de syndiqués (1).

Le Sénat s'est toujours refusé à voter ce texte. Waldeck-Rousseau proposa (2) de considérer comme un simple délit civil, l'entrave volontaire apportée à l'exercice du droit des ouvriers par voie de refus d'embauchage (art. 10). Ce texte resta à l'état de projet, et alors les juges ont fait appel à l'article 1382 pour justifier leurs solutions.

1. *J. off.* du 14 mai 1890, p. 791. — *J. off.*, 5 avril 1892, p. 451.

2. *J. off.*, déc. 1899, p. 125.

SECTION VI

Abus dans l'exécution des contrats

Le droit du créancier de demander à son débiteur l'exécution de l'obligation n'est pas absolu. Depuis l'époque la plus reculée du droit romain on a admis à côté des contrats de droits stricts, les contrats de bonne foi dans lesquels l'étendue de l'engagement était laissée à l'appréciation équitable du juge (1).

Le législateur français, par l'article 1134 alinéa 3 du Code civil : « les conventions doivent être exécutées de bonne foi », apporte une limite au droit du créancier, parce qu'il indique comment l'obligation, quel que soit son contenu, devra être exécutée. Par conséquent, il faut tenir compte des circonstances tirées des usages et de l'équité, pour atténuer la rigueur ou même modifier le contenu d'une obligation si la loyauté l'exige.

L'article 1135 dit quelque chose de semblable, stipulant que le contrat oblige à toutes les suites qu'il

1. « Ea quæ sunt moris et consuetudinis in bonæ fidei judiciis debent venire ». Digestes XXI, 1.20.

comporte d'après l'équité ou l'usage, et non seulement à ce qui y est exprimé.

C'est dans ces termes que s'exprime l'article 242 du nouveau Code allemand. « Le débiteur est obligé d'effectuer la prestation comme l'exigent la loyauté et la confiance réciproque, en corrélation avec les usages admis en affaires. »

Il y a donc faute ou acte sans droit et non abus de la part du créancier, qui poursuit à la lettre et de mauvaise foi l'exécution d'une convention qui cesse d'avoir un intérêt moral ou pécuniaire pour lui, un peu à la façon dont Shylock voulait une livre de chair de son débiteur.

M. Saleilles (1) voit la théorie de l'abus cachée déjà sous l'admirable plaidoyer de Portia, sans se rendre compte que dans ce cas le créancier, poursuivant l'exécution d'une pareille obligation déloyalement, sans aucun intérêt et par le seul but de nuire à son débiteur, commettait non seulement une faute conforme à l'article 1134, alinéa 3, mais encore un acte contraire aux bonnes mœurs.

De même, le législateur français par la loi du 7 avril 1900 (l'art. 1153, al. 4), déclarant que le débiteur est tenu responsable des dommages distincts des intérêts moratoires quand par sa mauvaise foi il cause à son créancier un préjudice indépendant du retard,

1. Rapport, p. 28. — Shakespeare *The Merchant of Venice* act. IV, s. 1.

ne fait que répéter les dispositions de l'article 1134, alinéa 3, et n'apporte pas une nouvelle application d'abus de droit comme prétendent certains auteurs.

Au même principe d'équité se rattachent les dispositions de l'article 1246 du Code civil, qui stipulent que : si la chose due n'est pas déterminée individuellement, le débiteur se libérera en remettant des choses du genre convenu et de valeur moyenne : il n'est pas tenu de les donner de la meilleure qualité possible et il ne peut pas les offrir de la plus mauvaise. De même celles de l'article 1244, alinéa 2, qui autorisent le tribunal à tempérer les rigueurs d'un créancier impitoyable et à accorder un terme de grâce au débiteur malheureux et de bonne volonté. Au point de vue du droit du débiteur de jouir des latitudes stipulées par le contrat, la Cour de Cassation du 7 mai 1902 (1), se fondant sur le même principe d'équité, a apporté une restriction à ce droit du débiteur et admet qu'il pourrait être responsable quand il s'enferme, malicieusement et sans aucun intérêt sérieux, dans les limites contractuelles de son obligation pour causer un préjudice à son créancier.

Dans l'espèce, il s'agissait d'une Compagnie de chemins de fer obligée de fournir des wagons au propriétaire d'un embranchement particulier. La Cour suprême a décidé que : « cette compagnie, même ayant respecté

1. *Gaz. Pal.*, 16 juin 1902.

les délais de rigueur fixés par les tarifs en vigueur, pourrait encourir une condamnation aux dommages, s'il était établi que, dûment avertie, elle eût abusé des latitudes qui lui sont accordées pour la fourniture des wagons et causé ainsi un préjudice au propriétaire de l'embranchement. »

M. Josserand (1) invoque cet arrêt dans la faveur de la théorie de l'abus, quand en réalité la Cour n'a fait que consacrer son pouvoir souverain d'interpréter les contrats d'après l'intention commune des parties et suivant l'équité et l'usage (art. 1156 et 1160).

Le débiteur qui, dûment averti attend malicieusement le dernier jour de délai pour exécuter son obligation, n'agit pas conformément à l'article 1134, alinéa 3, et cela suffit pour qu'il en soit responsable s'il cause un préjudice au créancier, sans avoir à recourir à la nouvelle théorie de l'abus.

M. Ripert (2) voit d'un mauvais œil l'arrêt de la Cour, car :

« Si cette solution a vraiment l'importance qu'on veut lui donner, il est permis de ne point la louer. Sa généralisation netendait à rien moins qu'à tuer la sécurité des conventions et nous ne pouvons pas admettre qu'un débiteur qui stipule un délai n'ait pas le droit d'en jouir. »

Nous avons précédemment montré que la Cour

1. Josserand, p. 35.

2. *Revue critique*, 1906, p. 362.

suprême n'a fait que restreindre le droit du débiteur dans les limites imposées par la bonne foi, par les usages, sans toucher à la sécurité des conventions exécutées conformément à l'article 1134, alinéa 3.

SECTION VII

Abus dans la résiliation des contrats

Le droit de résiliation unilatéral d'un contrat n'est pas absolu, car il est limité par son fondement juridique.

Les partisans de la théorie de l'abus invoquent en faveur de leur théorie les articles du Code civil qui donnent aux juges le pouvoir d'apprécier la légitimité du droit de résiliation, d'après le but poursuivi par le titulaire de ce droit.

Ils prétendent que ces articles ne sont que l'application de leur théorie et ne se rendent pas compte qu'agir à l'encontre du but poursuivi par le législateur dans ces articles, c'est agir sans droit, c'est commettre une faute et non pas un abus.

I. — Ainsi en matière de mandat, l'article 2007, alinéa 2, déclare que le mandataire échappe à toute responsabilité, quand sa renonciation est fondée sur le fait que la continuation du mandat aurait été de nature à lui causer un préjudice considérable.

Le droit de renonciation du mandataire est exercé en dehors de ses limites légales, s'il n'est pas fondé sur

le motif légitime de la perspective d'un préjudice considérable.

La jurisprudence déclare fautive la révocation *ad nudum* du mandant (art. 2004 civ.) quand elle est exercée d'une façon intempestive, injustifiable, sans causes légitimes (1) ou quand la brusquerie de la décision du mandant ne s'explique par aucun motif plausible (2).

II.— De même en matière de société, pour le droit de dissolution unilatérale que chacun des associés peut exercer quand la société est conclue pour une durée illimitée, le législateur par l'article 1865 alinéa 5 et 1869 du Code civil apporte une limite à l'exercice de ce droit de renonciation, en le déclarant générateur de responsabilité s'il est exercé de mauvaise foi ou à contre-temps.

M. Josserand prétend que la jurisprudence, grâce à la théorie de l'abus, se fait une conception plus large que celle indiquée dans l'article 1870 de la renonciation de mauvaise foi, parce qu'elle retrouve ses éléments constitutifs dans toutes les circonstances de la cause, comme par exemple, dans le désir de se soustraire au paiement des cotisations (Nancy, 19 mars 1892. D. 93. 2. 21).

En réalité la jurisprudence ne fait qu'apporter un

1. Cour de Douai, 20 avril 1891. D. 92. 2. 51.

2. Cour de Lyon, 6 avril 1895. D. 95. 2. 431.

nouvel exemple de mauvaise foi, à celui cité par le législateur dans l'article 1870.

III. — En matière de louage, le tribunal de Toulouse du 13 janvier 1906 (1) déclare que le droit du bailleur de s'assurer, en cours de bail et pour le moment où il prend fin, un nouveau locataire, afin que son immeuble reste le moins de temps possible improductif, n'est plus licite quand il est exercé en vue de nuire au locataire, spécialement quand le bailleur dont le bail a plusieurs années à courir a osé un écriteau à louer sur l'immeuble loué à un commerçant. Une pareille inscription pourrait faire croire au public que le locataire est contraint de quitter prochainement l'appartement et jeter ainsi un discrédit sur sa réputation et sa stabilité de commerçant. Dans ce cas, le bailleur a dépassé les limites de son droit fixé par les usages, il a commis une faute contre l'honnêteté.

Au contraire, l'acte est légal quand le bailleur, sans intention mauvaise, annonce dans un journal que sa maison où tel commerce réussit très bien sera à louer à l'expiration du bail.

Le bailleur commet un acte illégal s'il veut expulser au jour de l'échéance du bail son locataire malade (un déplacement étant dangereux pour sa santé), sans qu'il puisse invoquer un intérêt sérieux à reprendre la

1. P.F. 1906. 2. 351.

jouissance de son immeuble où l'obligation d'avoir à livrer l'appartement à un nouveau locataire.

Ce droit d'expulsion, ne révélant d'autre intention que de nuire à son locataire, devient illicite, et celui-ci pourra se faire maintenir dans la maison par la voie du référé.

Il faut tenir compte des circonstances tirées des usages de l'équité qui seraient de nature à limiter l'étendue des droits. Il y a une raison d'humanité approuvée par les usages en cours, à ne pas expulser le locataire dans de pareilles circonstances.

IV. — *Abus dans la résiliation d'un contrat de louage de services à durée indéterminée*

Ce droit de résilier *ad nudum*, par une simple manifestation de volonté, consacré par l'ancien article 1780 du Code civil, est loin d'être absolu et la jurisprudence lui indiqua à plusieurs reprises des restrictions.

a) Avant d'étudier les phases par lesquelles a passé la jurisprudence pour arriver à une limitation exacte de ce droit, disons tout de suite qu'il est générateur de responsabilité, quand par son exercice on contrevient aux conditions du contrat (faute contractuelle) ou aux usages locaux professionnels sur le délai de congé (1).

L'ouvrier, qui n'observe pas le délai de congé fixé

1. Cass., 8 fév. 1859. D. 59. I. 57. — Cass., 17 mai 1887. D. 87. I. 410.

par l'usage local et rompt brusquement le contrat pour se mettre en grève, est responsable envers son patron (Cass., 18 mars 1902, D. 02 I. 323 rapport de M. conseiller Letellier); car la grève, quelque légitime qu'en soit l'exercice, ne laisse pas moins les parties dans les liens de l'engagement qu'elles avaient pris tacitement d'observer entre elles les délais d'usage. Ce serait détourner le but légal de cette institution, que se servir de la grève comme d'un moyen pour se dégager brusquement et sans indemnité d'un contrat antérieur de travail. Vainement objecterait-on que l'exercice d'un avertissement préalable et d'un délai entre lui et la grève, aboutirait à la suppression du droit de grève; car une grève n'éclate presque jamais sans demandes préalables, sans pourparlers qui avertissent le patron. Rappelons-nous aussi que la grève implique seulement la suppression de l'exécution du contrat de travail et non la rupture même de ce contrat, parce que très souvent les grévistes, poursuivant des prétentions étrangères aux conditions de leur contrat, n'ont aucune intention de le modifier. Même dans les cas contraires, l'ancien contrat n'est détruit que par la conclusion d'un nouveau contrat (à conditions plus avantageuses), et non par la grève. M. Planiol, note D. 1904. I. 289.

b) Indépendamment de ces restrictions, la jurisprudence antérieure à 1872, vient lui apporter d'autres restrictions d'ordre purement subjectif. Elle déclare

abusive, donc génératrice de responsabilité, cette faculté de résiliation quand elle est exercée d'une façon intempestive, sans un motif sérieux (1).

Par conséquent, la partie congédiée avait le droit de discuter la légitimité du motif de congé et le patron pour échapper à une condamnation, devait justifier et prononcer les motifs sérieux du renvoi.

c) Cette jurisprudence a été désapprouvée par la Cour de cassation du 5 février 1872 (2) qui, cassant les décisions des Cours d'appel qui avaient justifié l'allocation des dommages par l'absence des motifs légitimes, décide que cette faculté de résiliation est absolue et que le patron peut en user même sans un motif sérieux, car il n'est jamais tenu de rendre compte des motifs de sa détermination.

d) Pour mettre fin à cette situation indécise de la jurisprudence et surtout à l'injustice créée par le dernier état de la jurisprudence, le législateur, par la loi du 27 décembre 1890, ajoutant à l'article 1780 du Code civil un nouvel alinéa ainsi conçu : « néanmoins la résiliation du contrat par la volonté d'un seul contractant peut donner lieu à des dommages-intérêts », fixe pour l'avenir le principe établi par la jurisprudence antérieure à 1872, à savoir que : le congé donné sa

1. Paris, 2 fév. et 15 mars 1858. D. 58. 2.215. — Chambéry, 6 juin 1872. 5. 72. 1. 275. — Paris, 17 août 1877. S. 71. 2. 183.

2. D. 1873. 1. 63. — Cass., 5 août 1873. D. 74. 1. 65. — 10 mai 1875. D. 75. 1. 98.

motif sérieux, par méchanceté ou par simple caprices est créateur de responsabilité (1).

Il a apporté une limite subjective à cette faculté, sans énumérer limitativement les motifs légitimes de congé, laissant ainsi aux tribunaux un champ plus grand d'appréciation sur la valeur des mobiles invoqués par un patron en les mettant en rapport avec le critérium social, lui-même si variable (2).

Par la loi du 18 juillet 1901 (art. 4) le législateur déclara que le départ d'un ouvrier, pour accomplir une période obligatoire d'instruction militaire n'est pas un motif légitime de renvoi, et par conséquent la rupture d'un contrat, à cause d'un pareil motif, est illicite. La question du repos de maternité, vivement discutée dans les chambres dans ce dernier temps, va certainement aboutir à assimiler la femme en couche aux ouvriers appelés à faire des périodes d'instruction militaire, et à lui garantir ainsi son travail ou son emploi (3).

Tous les auteurs sont d'accord pour admettre comme motif légitime de renvoi, la maladie de l'ouvrier (Cass.,

1. En ce sens la question a été discutée dans les Chambres : déclaration de M. Léon Renault. *J. off.*, 25 nov. 1890, p. 1174 Sénat et la déclaration de M. Tolain. *J. off.*, 4 décem. 1890, p. 1131.

2. En ce sens le rapport de M. Poincaré (Chambres, séance du 29 déc. 1890. — Annexes P. no., 3272, p. 813. — La Cour de cass. req., 14 nov. 1894. D. 93. 1. 36.

3. Art. unique du projet de M. P. Strauss voté par le Sénat le 3 déc. 1903. « La suspension du travail par la femme, soit pendant le mois qui précède le terme prononcé de grossesse, soit pendant le mois qui suit l'accouchement, ne peut être une cause de rupture de contrat de louage de services. »

7 juin 1905. D. 906. 1. 74) ou l'existence d'un griet sérieux contre lui, dont la nature est très variée (1).

Le juge, dans l'appréciation du motif légitime, doit se laisser conduire par les circonstances de fait, les habitudes professionnelles des contractants, et par les conditions nécessaires de l'industrie, pour déclarer illícite le congé donné par le patron, quand son intention malveillante constitue le mobile principal et prédominant de son action (2).

Ainsi une société industrielle commet un acte illícite générateur de responsabilité, si, connaissant depuis longtemps l'état précaire de ses affaires, elle attend pour renvoyer ses ouvriers l'expiration de la période annuelle et normale de chômage en les exposant ainsi à rester plus longtemps sans travail (3).

Il a été décidé de même pour le patron qui a congédié son ouvrier qui s'est absenté, alors qu'il était cons-

1. Une condamnation correctionnelle pour vol. — Cass., 22 et 28 juillet 1896. D. 97. 1. 401. — Rouen 29 déc. 1894. D. 95. 2. 28. — Manque aux devoirs professionnels. — Montpellier 8 nov. 1892. D. 94. 2. 394. — Cass., Req. 21 nov. 1893. D. 94. 1. 235.

Un manquement grave aux devoirs imposés à l'employé par le contrat de louage de service (il est censé d'être obligé à ne porter aucun préjudice au patron) quand il dévoile le secret de fabrication de son patron ou quand, demeurant étranger aux réclamations qui peuvent motiver une grève de la part des autres catégories d'ouvriers de la même maison, il encourage cette grève par son assistance, ses conseils ou son attitude (Cour de Lyon, 2 août 1895. S. 98. 2. 6) où enfin quand il prend part active à l'organisation d'un commerce similaire de celui de son patron et refuse de cesser ses relations avec la maison concurrente (Limoges, 23 nov. 1896. S. 97. 2. 68).

Absence sans consentement et non motivée. — Douai, 11 mai 1892. D. 93. 2. 170. — Requ. 20 janv. 1902. D. 02. 1. 155.

2. Mongin. *Revue critique*, 1893, p. 358.

3. Cass., 5 févr. 1896. D. 96. 1. 578.

taté que cette absence avait eu pour cause une maladie réelle et sérieuse (1). Le renvoi par le seul motif que l'ouvrier fait partie d'un syndicat, sans qu'il exerce une propagande extra-professionnelle dans l'intérieur de l'atelier, est illicite ; car la faculté de se syndiquer est accordée aux ouvriers par la loi (Cass., 19 juin 1897. S. 99. 1. 33).

La jurisprudence a élargi la responsabilité du patron pour attribuer aux ouvriers une réparation, au cas de renvoi simplement injustifié par un intérêt personnel ou industriel légitime du patron, comme : l'intérêt d'employer un ouvrier plus jeune ou plus habile, la saison morte ou toute autre circonstance qu'il oblige à restreindre l'importance de son établissement et à diminuer son personnel (2).

Pour M. Saleilles (3), dans ces cas où la responsabilité n'est pas fondée directement sur l'intention purement malicieuse ou perverse, la théorie de l'abus n'est plus en cause, car il s'agit de définir le contenu d'un droit, dont la loi ne fixe les contours que d'une façon vague, laissant aux tribunaux le soin de les préciser pour chaque cas particulier.

1. Trib. com. Seine, 13 oct. 1896. — Cass., 28 juill. 1897. D. 98. 1. 16. — Comp. Cass., 12 nov. 1900. D. 01. 2. 23. — Demême Lyon, 26 mars 1907. — *Gaz. trib.*, du 10 avril 1907.

2. Cass. civ., 20 mars 1895 (3 arrêts). D. 95. 1. 249. S. 95. 1. 313, et les conclusions de M. l'avocat général Rau.

3. Son rapport à la première sous-commis. de la commis. de révision du Code civil.

M. G. Appert, dans une importante note (S. 99. 1. 33), invoque les travaux préparatoires de la loi de 1890, dans lesquels on ne trouve que deux passages visant le cas du patron contraint par les besoins de son industrie à renvoyer l'ouvrier (1) et les trois arrêts de la Cour de Cassation (2), pour soutenir que les seuls motifs légitimes de renvoi sont les griefs fournis par l'ouvrier ; que par conséquent le patron serait responsable envers l'ouvrier, quand la cause de renvoi résultera de son activité industrielle, c'est-à-dire quand l'intérêt industriel lui dicte de réduire son personnel.

D'après lui, le renvoi serait pour le patron un fait de risque industriel qui, quoique licite en soi, oblige celui qui prend cette initiative pour une raison qui découle de sa propre activité industrielle, à désintéresser l'autre partie qui n'a rien à s'imputer.

Nous pensons que cette thèse est trop hardie, car M. Appert, cherchant la réforme apportée par cette loi de 1890, est allé très loin pour croire qu'en vertu de cette nouvelle loi, les salaires ont gagné une sécurité qu'ils ne connaissaient pas avant, et restreindre ainsi injustement la liberté de rompre le contrat.

Pour conclure, disons que la portée de la loi nouvelle est d'avoir déclaré non absolu ce droit de résiliation et

1. Discours de Cuvinot au Sénat. *J. off.*, du 26 nov. 1890. Déb. parl., p. 1070.

Discours de Trarieux au Sénat. *J. off.*, du 28 nov. 1890. Déb. parl., p. 1090.

2. 19 juin et 28 juill. 1897. — 2 mars 1898.

d'élargir ainsi la notion de la faute à l'usage excessif, abusif ou malicieux d'un droit, contraire au vœu de la loi, savoir : que tout individu n'use de son droit que par motifs légitimes laissés à l'appréciation des juges sous le contrôle de la Cour de cassation (1).

1. Cass., 18 juil. 1899. D. 900. 1. 485. — Cass., 23 mars 1904. D. 904. 1. 192. — Sauzet. *Annales de droit commercial*, 1891, n° 28-32.

M. Charmont. *Revue critique*, 1895, p. 609. — Duffau-Lagarosse, *Revue critique*, 1899, p. 494.

SECTION VIII

Abus dans la rupture des fiançailles

Dans le droit romain, les parties pouvaient donner indirectement à leurs fiançailles une force obligatoire sans sacrifier la liberté du mariage. Ils pouvaient déterminer à l'avance par des arrhes ou par une somme d'argent fixée à forfait (*stipulatio poenae*), les dommages qui pouvaient résulter de la rupture sans justes motifs de cette promesse. Cette détermination pouvait être révisée et restreinte par le juge dans les limites du juste (1).

Mais sous l'empire du droit canonique, les fiançailles constituaient une véritable obligation juridique sanctionnée par une action en justice. Elles produisaient un empêchement à un autre mariage.

La condamnation pécuniaire prononcée toujours par les Parlements contre le fiancé, qui rompt sans motifs une promesse de mariage, est une réparation légitime de l'inexécution d'une obligation contractuelle de faire.

1. Pothier nous apprend que cette pratique existait dans l'ancien droit français. Pothier. *Droit du contrat de mariage*, n° 43.

Le silence du Code civil français, en matière de fiançailles, a été interprété comme une adhésion à l'ancien droit. La thèse de la validité des fiançailles a été soutenue fortement par des auteurs (1) et par la jurisprudence postérieure (2) à la confection du Code civil. Ils soutiennent que la convention préliminaire du mariage, consacrée par le passé le plus lointain, a un but moral et qu'elle est loin de nuire à la liberté des mariages ; qu'il faut suppléer au silence du Code par le principe général contenu dans l'article 1142 : « Toute obligation de faire ou de ne pas faire — qui a une cause juste et cela est acquis — se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur. »

Dans le droit actuel français, d'après un système généralement admis en doctrine et jurisprudence (3), les fiançailles ont perdu toute force obligatoire, la promesse de mariage est nulle en soi, comme contraire à la liberté du consentement qui doit demeurer exempte de toute entrave, jusqu'au moment du mariage civil.

Frappée comme telle par les articles 1131 et 1132, d'une nullité absolue, en ce sens qu'elle atteint aussi les clauses pénales que les parties ont attachées ; elle est dénuée de tout effet juridique et son inexécution ne

1. Merlin, Rép. *Fiançailles* ; Toullier, VI, 193-202.

2. Dalloz *J. G.* « *Mariage* », p. 179, note .

3. Cass., 12 nov. 1901. D. 92. I. 46.

peut pas, elle-même, motiver une condamnation aux dommages-intérêts.

Mais la jurisprudence française (1) n'a pas cessé d'appliquer l'idée émise par Demolombe (2) et admettre que le fiancé délaissé peut réclamer des dommages-intérêts, à la condition d'établir que la parole donnée a été reprise abusivement par pure caprice, sans motifs légitimes et qu'il a subi un préjudice réel, matériel (dépenses et déboursés faits en vue du mariage) (3), ou purement moral (grave atteinte dans sa réputation) (4).

Il a été de même admis en doctrine (5) et jurisprudence (7), que l'article 340 du Code civil, qui interdit la recherche de la paternité, ne s'oppose pas à ce qu'une fille préjudiciée par la rupture intempestive et injustifiée d'une promesse de mariage comprenne, parmi les éléments du dommage-intérêt, le fait qu'elle a eu avec son fiancé des relations intimes suivies d'une grossesse et de la naissance d'un enfant ; cela parce que l'état de l'enfant est hors de question.

Les juges tiennent compte des circonstances de fait

1. Cass., 16 janv. 1877. D. 77. 1. 88. — Dijon, 27 mai 1892. D. 93. 2. 183. — Paris, 21 juin 1894. D. 95. 2. 86. — Cass., 7 mars 1904. P. 05. 1. 155.

2. *Traité du mariage*, t. I, n° 29.

3. Paris, 15 déc. 1874. D. 86. 2. 236.

4. Nîmes, 17 mai 1882. S. 83. 2. 95.

5. Planiol, I, n° 1.529. — Sourdat. *Traité de responsabilité*, I, p. 660.

6. Req. 26 juil. 1864. D. 64. 1. 347. — Rouen, 6 mai 1905. D. 08 2. 246.

dans lesquelles la rupture s'est produite, de la considération ou l'état social des parties, pour apprécier la valeur de la cause de cette rupture. Ainsi ils ont décidé que la rupture est justifiée par un motif légitime, donc pas de responsabilité pour le fiancé quand la conduite de la fiancée a été critiquable pendant son absence (1).

En général, les justes motifs de rupture existeront toujours quand, ultérieurement à cette promesse, un événement sera dévoilé, qui, s'il eût été connu lors des fiançailles, en eût empêché l'accomplissement ; comme par exemple : la révélation d'une maladie ou d'une infirmité, le refus de payer la dot promise, l'état de grossesse de la future quand le futur n'en est pas lui-même l'auteur.

Au contraire, il y a rupture abusive de promesse de mariage donnant ouverture à des dommages-intérêts, quand le fiancé après avoir fait publier à la mairie son projet de mariage en le revêtant ainsi d'un caractère public, reprend sa parole à la veille même du jour fixé pour le mariage soit par pur caprice, soit sous le seul prétexte que la future épouse ne lui a pas avoué complètement le passif hypothécaire à sa charge (2).

Mais alors une objection a été lancée par certains

1. Trib. de la Seine, 14 mars 1907. P. 07. 2. 175.

2. Cour de Rennes, 18 juill. 1906. — Cass., 12 nov. 1901, précités. — Chambéry 20 mars 1907, D. 908, 5,6.

auteurs, car exiger de la partie qu'elle ait des motifs légitimes de rupture, c'est dire qu'elle est obligée, bien qu'aucune obligation n'ait pris naissance par la promesse. On a dit qu'il y a une contradiction manifeste entre le principe de la nullité de la promesse et la responsabilité pour une rupture sans motifs sérieux de cette promesse ; il est contradictoire de dire qu'on est responsable d'avoir rompu sans juste motif un lien, qui légalement n'existe pas.

Pour échapper à cette objection, M. Josserand (1) soutient que les fiançailles obligent le promettant, au moins dans quelque mesure, qu'un accord de volonté qui produit de si nobles conséquences est bien un contrat véritable, car la Cour de cassation du 2 décembre 1907 (D. 08, 1.204), en l'assujettissant à la nécessité d'une preuve écrite pour une demande supérieure à 150 francs, voit dans cette promesse de mariage une situation complexe, participant à la fois des faits matériels et des actes juridiques ; que par conséquent la résiliation d'une pareille promesse, à l'exemple des biens d'autres contrats, n'est pas absolue, donc sus-

1. Josserand, p. 41. — M. Gaudemet. *Revue trimestrielle*, 1909, p. 376) soutient que l'exigence d'un commencement de preuve par écrit pour la promesse de mariage (Cass., 10 févr. 1909. — *Gaz. Pal.* 10 mars 1909) est une garantie pour éviter le danger du chantage. D'après lui, un engagement nul, même absolument, n'en reste pas moins un acte juridique, et dans les cas très exceptionnels où on pourra avoir intérêt à l'invoquer, il ne peut pas échapper aux règles sur la preuve des actes juridiques.

— III —

ceptible d'abus quand elle est exercée sans justes motifs.

Nous croyons difficile à admettre ce raisonnement, comme à beaucoup d'auteurs (1) a paru difficile à admettre cette jurisprudence moderne, qui refuse la preuve testimoniale pour la promesse de mariage assimilée par elle-même à un simple fait matériel.

Du fait que la promesse est dénuée de tout effet juridique, il ne s'ensuit pas que celui qui rompt cette promesse soit dans tous les cas exempt de responsabilité à l'égard de l'autre futur époux. Quoique nulle en elle-même, manquer à une telle promesse dans certains cas, peut provoquer une condamnation pécuniaire non fondée sur la validité de la promesse, mais qui découle de l'obligation générale imposée à celui qui fait le mal de le réparer. C'est que la cause juridique d'une pareille condamnation est changée ; elle ne résulte plus (comme dans l'ancien droit français) du principe de l'article 1142, qui prévoit une obligation de faire contractuelle, mais du principe général de l'article 1382.

La responsabilité de celui qui rompt injustement une promesse de mariage n'a pas sa source dans l'inexécution d'une promesse considérée valable, mais dans l'accomplissement d'un quasi-délit préjudiciable et indépendant du fait de la rupture.

Dans ce sens s'exprime la plus grande part des

1. Planiol, II, 5^e éd., n° 1109.

auteurs (1) et la jurisprudence française, qui font intervenir l'idée de faute, de la violation d'une promesse de mariage accompagnée des circonstances indépendantes de la rupture elle-même.

Les éléments de la faute consistent dans ce cas en cela que le fiancé, en reprenant sa parole abusivement par pur caprice sans juste motif, a commis une imprudence (2), une faute contre l'honnêteté qui cause un préjudice à son ancienne fiancée. Au contraire, s'il avait un juste motif à ne pas tenir sa promesse, alors il n'y a pas de faute commise, donc pas de responsabilité.

Les continuateurs de Laurent (3) trouvent les éléments de la faute dans le fait que le promettant, créant une situation de fait par la persuasion à l'autre partie qu'il allait l'épouser, s'est engagé dans un projet de mariage avec une telle légèreté que doit être considéré comme imprudent celui qui sans réflexion a créé la situation de fait qui en est résultée.

Quoi qu'il en soit, nous constatons que la jurisprudence a adouci ainsi les conséquences de l'inexistence légale du contrat des fiançailles par des tempéraments d'équité, faisant rentrer la théorie de l'abus dans la notion de la faute largement conçue.

1. Planiol, I, 5^e éd., n° 789. — Laurent, VI, n° 308. — Léon Geraud. *Revue critique*, 1888, 663 et 785.

2. Les considérants de la Cour de Cass., 12 nov., 1901, de la Cour de Rennes citée.

3. Supplément au Principe de D. C. Laurent I, n° 363.

Le nouveau Code civil allemand de 1900, pour garantir la liberté de consentement dans le mariage, refuse aux fiançailles tout caractère directement obligatoire et n'admet que des actions en dédommagement limitées au préjudice proprement dit et dans une mesure qu'il précise à la suite de rupture injustifiée des fiançailles ou de faute de l'un, autorisant l'autre fiancé à s'en départir.

Art. 1298. — Si un fiancé se dédit des fiançailles, il doit indemniser l'autre fiancé . . . du préjudice résultant des dépenses faites en vue du mariage. Cette obligation d'indemnité n'a pas lieu, s'il existe une cause grave de dédit.

Art. 1299. — Si un fiancé détermine le dédit de l'autre par une faute qui constitue une cause grave du dédit, il est obligé à la réparation du dommage, conformément à l'article 1298.

Malgré le caractère non juridiquement obligatoire de fiançailles et en dehors de la responsabilité délictuelle de droit commun, l'article 1298 reconnaît, aux conditions et dans la limite qu'il précise, une sorte de responsabilité purement légale, fondée sur des raisons d'équité et d'utilité générale. *

Le nouveau Code civil suisse de 1907 décide la même chose dans les art. suivants .

Art. 92. — Le fiancé qui, sans motif suffisant ou pour un fait qui lui est imputable, rompt son engagement, ou qui par sa conduite provoque la rupture, doit à sa fiancée une in-

demnité équitable à raison des dépenses faites de bonne foi en vue de la célébration du mariage.

Art. 92. — Lorsque la rupture porte une grave atteinte aux intérêts personnels d'un fiancé, sans qu'il ait faute de sa part, le juge peut lui allouer une somme d'argent à titre de réparation morale, si l'autre partie est en faute.

SECTION IX

Les droits de familles.

I. — *Puissance paternelle.*— Nous savons qu'à l'origine la *patria potestas* romaine était absolue, et qu'à la suite de l'intervention du censeur et du législateur, des restrictions inspirées par des idées humanitaires ont été apportées à ce droit de vie et de mort.

Malgré ces tempéraments imposés par les mœurs, la *patria potestas* garda son caractère absolu et perpétuel, parce qu'on l'a considéré comme une sorte de pouvoir domestique établi plutôt dans l'intérêt du père que dans celui de l'enfant.

Sous l'ancien droit français, la magistrature intervenait pour maintenir la puissance paternelle dans les bornes de justice et de moralité dont elle ne doit jamais s'écarter (1).

C'est que les provinces coutumières se faisaient une idée différente de la puissance paternelle. Elle était temporaire et familiale, parce qu'elle était instituée en vue d'une protection due à l'enfant et non dans l'intérêt du père.

1. Merlin. Rep. IV. Education. I. — X, pp. 3 et s.

Les rédacteurs du Code civil français paraissent n'avoir apporté nul correctif à ce droit exclusif, qui peut être exercé indéfiniment par le père de famille sur ses enfants mineurs. Nul texte du Code civil ne prévoyait un tempérament à cette omnipotence pour réparer les abus de ceux qui l'exerçaient.

Cependant, on ne peut pas dire que les pouvoirs du père soient véritablement sans limites. Sa puissance paternelle n'est point absolue, car les mœurs de la société règlent le mode d'exercice de ce pouvoir, et la jurisprudence moderne s'est reconnu le droit de contrôler l'exercice de la puissance paternelle, pour en tempérer la rigueur et assurer la sécurité des enfants (1).

a) Ainsi le droit du père d'interdire à ses enfants toutes visites et toutes correspondances avec telle ou telle personne n'est pas absolue, car les tribunaux se reconnaissent le droit d'apprécier les motifs d'une pareille décision, surtout quand elle tend à supprimer tous rapports avec les grands-parents de ses enfants. Dans ce cas, si les juges trouvent que les raisons du père ne sont pas suffisamment graves, ils autorisent ces visites et ces correspondances malgré la prohibition du père, et sous certaines conditions pour ne pas porter atteinte illégale au droit de garde du père (2).

1. M. Planiol, I, 5^e éd., n° 1728 et suivants.

2. Cass., 8 juillet 1857. D. 57. 1.273.— Cass., 28 juillet 1891. D. 92. 1. 70 — Cass., 12 fév. 1894. D. 94. 1.218.

Cela résulte, non de l'idée que le père a abusé de son droit comme soutiennent certains auteurs, mais de l'idée que le père, s'opposant à ce que l'enfant s'acquitte d'un devoir de respect envers ses ascendants, dépasse son droit par la violation de l'article 371 (1).

b) De même pour le droit de faire emprisonner son enfant par voie d'autorité sans que la justice puisse s'y refuser. Ce droit de correction est limité non seulement par les dispositions des articles 376, 380, 382, qui empêchent qu'il soit exercé par vengeance ou dans l'intérêt seul du père, mais encore par les mœurs sociales, qui règlent le mode d'exercice de ce droit et adoucissent de plus en plus les châtiments infligés à l'enfant. La jurisprudence moderne se fonde sur les termes de l'article 375 pour apprécier si les griefs du père contre son enfant sont assez graves pour justifier son emprisonnement. Elle détourne la loi et refuse ainsi un grand nombre de demandes d'emprisonnement injustifiées par un motif sérieux, non comme abusives, mais comme contraires aux dispositions mêmes de l'article 375, parce que le père dépasse son droit, parcequ'il agit sans droit.

c) La jurisprudence est allée plus loin encore dans son pouvoir de contrôle sur l'exercice de la puissance

1. M. Planiol, I, 5^e éd. n^{os} 1653, 1664, 1669.

paternelle. Elle ne s'est pas bornée à modérer la rigueur de cette puissance et est allée parfois jusqu'à enlever au père ou à la mère la garde de l'enfant, quand sa santé ou sa moralité est mise en péril par la dureté ou par la mauvaise conduite des parents (1).

Sans qu'il y ait encore aucun texte qui puisse permettre aux juges d'aller jusque là, ils ont prononcé des déchéances partielles de la puissance paternelle pour priver ainsi les parents, qui se montraient indignes de la confiance de la loi, d'un des attributs de cette puissance.

Ce grand pouvoir de contrôle de la jurisprudence a été confirmé et complété par des lois nouvelles.

Ainsi la loi du 7 décembre 1874, sur la protection des enfants employés dans les professions ambulantes, fixe des cas de déchéance judiciaire des parents indignes. La loi du 24 juillet 1889, sur la protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés, est allée plus loin encore pour établir des cas de déchéance véritable et complète de tous les attributs de la puissance paternelle.

La loi pénale du 5 ou 19 avril 1898, sur la répression des violences et attentats commis envers des enfants, adoucit les dispositions de la précédente loi, accordant aux magistrats le pouvoir de ne prononcer qu'une déchéance partielle de la puissance des parents, en les privant seu-

1. Cass., 15 mars 1804. D. 64. 1.301. — Cass., 4 avril 1865. S. 65. 1.257. — Tribunal de la Seine. 15 décembre 1869. D. 69. 3.104. — Cass., 27 janvier 1879. D. 79. 1.223.

lement de leur droit de garde sur un ou plusieurs de leurs enfants.

Certains auteurs, défenseurs de la stricte légalité (1) pour justifier les déchéances prononcées par la jurisprudence antérieure à 1874, ont été conduits à dire que le père exerce abusivement sa puissance, quand il la détourne de son but social, c'est-à-dire quand il ne l'exerce pas dans l'intérêt de l'enfant.

Le fondement moderne de la puissance paternelle est altruiste, car les droits dont se compose cette puissance sont en même temps des devoirs pour le père ; le droit de garde est en même temps une obligation dont le père ne peut pas, en principe, se décharger (2). L'abandon de l'enfant est un délit (art. 348 du C. pén.). Si on suppose que les rédacteurs du Code se sont faits une conception juste et sociale de l'expression « puissance maternelle » ; qu'elle n'a pas été accordée au père pour son profit personnel, mais dans l'intérêt des enfants et dans ce seul but défini, l'introduction de la théorie de l'abus est sans aucune utilité.

L'usage de la puissance paternelle n'est licite qu'en vertu de la seule fin de protection pour les enfants ; quand ce but n'est pas atteint, le père manque à son devoir, donc il agit sans droit. Dans ce cas, les pouvoirs qui lui appartiennent n'ont plus de raison d'être, et l'interven-

1. Jossierand note, D. 1908. 2 53.

2. Planiol, I, 5^e éd., n° 1662.

tion du juge pour les lui retirer est suffisamment justifiée (1).

d) Il n'est pas de même du droit des parents de refuser leurs consentements au mariage d'un enfant mineur. Dans le droit moderne français, ce droit est plus absolu que le refus d'autorisation maritale, parce que l'enfant n'a pas de recours contre lui, et il ne comporte pas d'être suppléé par un autre remède (2).

Cette attribution de la puissance paternelle est tellement absolue qu'elle est dénuée de toute sanction (art. 204) et l'ascendant peut reprendre à sa guise l'autorisation matrimoniale donnée, tant qu'elle n'est pas devenue définitive par la célébration du mariage de l'enfant mineur ; c'est une mesure de prudence sociale qui peut être toujours justifiée par le but légal en vue duquel il a été institué. Sa destination sociale est de protéger les mineurs contre leur propre inexpérience.

C'est donc à tort que les partisans de la nouvelle théorie de l'abus ont invoqué en faveur de cette théorie la jurisprudence qui rend responsable le père qui, rétractant arbitrairement et sans raison légitime le consentement à son enfant, cause un dommage réel à l'autre fiancé (3).

1. Vareilles, *Contrat de mariage*. II, n° 431.

2. Chez les Allemands l'autorisation maritale peut être suppléée par l'autorisation du tribunal des tutelles. (Art. 1308.)

3. Josserand, note, D. 1908. 2, 73. — Perreau, *Revue critique*, 1908, p. 589. M. G. Ripert. R. C. 1909, p. 144. Cour d'Alger, 9 avril 1895. D. 952, 320. Cour de Lyon, 30 avril 1907. D. 08, 2, 73.

Le père, en agissant ainsi par des manœuvres déloyales, est responsable, non envers son enfant pour avoir abusé de sa puissance paternelle, mais envers l'autre futur époux qui a souffert un dommage appréciable par l'inexécution de la promesse d'autorisation.

Il a commis une faute contre l'honnêteté envers la fiancée rétractant sans raison, par pur caprice, le consentement donné à son fils. Par l'acceptation d'une notion large et sociale du mot faute, il est inutile de recourir à la théorie de l'abus, et de dire que le père est responsable parce qu'il a rétracté abusivement sa parole pour causer dommage à la fiancée délaissée.

M. Perreau, voit comme conséquence à cet abus, la possibilité de considérer comme illicite le refus arbitraire de consentir au mariage d'un enfant. Il créerait ainsi un recours judiciaire contre le refus d'autorisation matrimoniale. (La théorie de l'abus pose en principe qu'il pourrait y avoir réparation en nature ou interdiction de l'acte abusif.)

Dans la législation actuelle française, on ne peut pas soutenir qu'un tribunal ait le droit de condamner un père qui refuse de consentir au mariage de son fils. Le droit d'autorisation matrimoniale a toujours en lui-même un but utile, donc il ne saurait y avoir abus de ce droit.

Dans l'espèce présentée à la Cour de Lyon il ne s'agit pas du tout d'une question d'abus, car le père est

responsable non parce qu'il refuse son autorisation, mais parce qu'il la retire après l'avoir donnée, parce qu'il n'exécute pas la promesse d'autorisation après avoir incité la future belle fille à faire des frais en vue de la conclusion du mariage (dans l'espèce, la vente du fonds de commerce qu'elle exploitait, pour aller habiter la même ville que son futur conjoint). L'arrêt de la Cour de Lyon condamne le père à la réparation de ces dommages solidairement avec son fils pour l'inaccomplissement d'une promesse de fiançaille.

II. — *La puissance maritale* est aussi loin d'être absolue, car elle est limitée par le but légal en vue duquel elle a été instituée.

Son fondement juridique est altruiste, parce que sa destination légitime est de protéger la femme et de sauvegarder les intérêts de la famille. Cela résulte du texte de l'article 213 et implicitement des articles 218 et 219 du Code civil, qui admettent que l'autorisation maritale peut être suppléée par celle du tribunal, quand le mari la refuse sans justes motifs à sa femme pour accomplir un acte utile. Par conséquent, quand le mari exerce sa puissance dans un but autre que celui-ci, il dépasse les limites de son droit, il agit sans droit. Acceptant donc que cette puissance a été causée par un texte, il est inutile d'introduire la notion de l'abus pour expliquer les limites subjectives qui lui sont imposées par sa destination légitime même.

La jurisprudence intervient par un droit de contrôle pour tempérer la rigueur de la puissance maritale, et assurer ainsi la protection de la femme.

a) Elle refuse au mari le droit d'interdire arbitrairement, par pure jalousie déraisonnable, à sa femme toute relation avec ses proches parents, car, en agissant ainsi, le mari a été guidé par un mobile personnel, purement égoïste (1). Il a dépassé les limites de son droit.

b) De même pour le droit du mari d'exercer un contrôle sur la correspondance de sa femme. La femme pourra se plaindre aux tribunaux pour enlever au mari ce droit, quand il est exercé, non pour protéger la femme contre ses propres égarements ou pour sauvegarder la moralité et la dignité du foyer conjugal, mais arbitrairement dans le seul but de satisfaire une curiosité jalouse et blessante (2). Une restriction de ce droit, au cours de la procédure en divorce, a été admise par le tribunal de Sainte-Menehould du 22 mars 1905 (3).

Dans ce cas, la femme autorisée à quitter le domicile commun, tout en restant sous l'autorité légale du mari tant que l'union conjugale n'a pas été judiciairement rompue, ne doit plus la même obéissance au mari

1. Trib. de la Seine, 13 janv. 1870. D. 70. 3. 40. — Cass., 30 nov. 1898. D. 99. 1. 358.

2. En ce sens la Cour de Bruxelles, 28 avril 1875. D. 76. 2. 25.

3. D. 07. 2. 113.

et celui-ci ne lui doit plus la même protection. Pour cette raison le tribunal autorise la femme, pour pouvoir se défendre dans ce procès de divorce, de communiquer avec ses conseils sans que le mari puisse l'entraver.

Enfin le mari dépasserait les limites de son droit toutes les fois qu'il sortirait des bornes de ce qui commande l'intérêt véritable de l'association conjugale, qui est le vrai fondement juridique de l'autorité maritale (1).

c) A l'inverse, un acte en principe répréhensible, n'étant pas en conformité stricte avec un texte, peut devenir irréprochable s'il est accompli conformément au fondement légal et social qui réside à la base de cet acte. C'est dans ce sens que le tribunal civil de Corbeil, du 15 mai 1907 (2), décide que l'abandon du domicile conjugal par la femme ne peut motiver le divorce, lorsque le but poursuivi par elle était de ne pas vivre avec sa belle-mère, alors qu'elle se déclare prête à reprendre la vie commune, dès que son mari lui aura assuré un logement distinct de celui de ses beaux-parents.

Le nouveau Code civil allemand (3) prévoit dans les articles 1354, alinéa 2, à 1358, plusieurs cas d'abus de la

1. M. Durand. Thèse de Paris, 1902, p. 91.

2. *Gaz. des trib.*, 3 oct. 1907.

3. Lyon-Caen. *La femme mariée allemande*, 1903, p. 100-104.

puissance maritale et déclare la femme non obligée de donner suite à la décision que son époux n'aurait pas prise, s'il s'était inspiré de l'affection qu'il doit à sa compagne et qui est laissée à l'appréciation du tribunal des tutelles. En ce sens est la déclaration de M. Planck, commissaire du Bundesrath.

Dans tous ces cas, nous croyons que le mari, agissant contrairement à l'obligation de protection et d'affection fixée par les mœurs, a commis envers sa femme une faute, un acte sans droit.

L'article 2 de la loi du 15 juillet 1907, prévoit l'abus que la femme peut faire du pouvoir de disposer librement du produit de son travail, et accorde au mari le droit de faire retirer par le tribunal à sa femme, en tout ou en partie, ce pouvoir dont elle a abusé. Il cite comme exemple d'abus, la dissipation, l'imprudence ou la mauvaise gestion, c'est-à-dire de véritables fautes contre l'habileté.

La Cour de cassation du 8 novembre 1905 (1) rejette le pourvoi fait contre l'arrêt de la Cour de Paris du 5 janvier 1904, qui justifiait sa solution par l'idée d'abus de droit.

Elle décide, à juste raison, que le mari qui demande la nullité, pour faute d'autorisation, des actes particulièrement graves effectués par sa femme pendant une

1. S. 1907. I. 145, note de Joseph Hemard.

séparation de fait, n'accomplit pas un acte abusif, mais un quasi-délit envers les tiers.

D'après son système il ne s'agit pas d'abus de droit d'agir en justice (système de la Cour d'appel), mais d'un quasi-délit commis par le mari qui rend non recevable sa plainte en nullité.

Par sa complète indifférence pour les actes de sa femme, par l'inexercice ni de ses devoirs ni de ses droits de puissance maritale pendant de longues années, le mari a facilité les manœuvres frauduleuses que la femme a employées pour tromper les tiers sur sa situation légale.

Mr. J. Hemard, dans sa remarquable note, se prononce contre la théorie de l'abus, et constate que le quasi-délit du mari ne peut pas consister, dans le seul fait d'avoir laissé sa femme vivre loin de lui, car il impliquerait à la charge du mari une obligation positive de vivre continuellement avec sa femme, ce qui serait ériger à l'égard du mari seul la séparation de fait en acte illicite. D'après lui ce quasi-délit découle de l'obligation imposée au mari de faire connaître au public, par quelque moyen que ce soit, la situation de son épouse séparée de fait. Cette responsabilité du mari aurait encore un effet heureux, celui d'amener le mari à sortir de cette situation confuse et de demander le divorce pour régulariser la situation de sa femme envers les tiers.

SECTION X

Abus de la liberté commerciale

Si la liberté commerciale est un principe sacré que le législateur révolutionnaire a posé par le grand amour de l'égalité, il n'en résulte pourtant pas que c'est une liberté absolue dont l'exercice n'est soumis à aucune condition.

Cette liberté ne comporte pas l'emploi des moyens qui sont contraires à la bonne foi et à la loyauté, parce que l'article 1382 implique une obligation légale d'agir loyalement, de s'abstenir de toute fraude, de tout acte destiné à tromper autrui. Pour cette raison, la liberté de la concurrence peut dégénérer souvent en licence et entraînera la responsabilité du commerçant, quand elle est déloyale, c'est-à-dire quand elle est exercée non conformément à la bonne foi, qui doit régner partout dans le commerce. Le fait de détourner à son profit la clientèle d'un autre par des procédés malhonnêtes de tromperie, pour provoquer une confusion dans l'esprit du public, constitue une faute, donc, ce genre de fait tombe sous l'application de l'article 1382.

Mais comme ces agissements fautifs ne sont pas toujours faciles à distinguer des actes licites rentrant dans l'exploitation permise, les auteurs ont été obligés de reconnaître aux juges le pouvoir souverain d'appréciation pour déterminer les cas où un négociant dépasse ses droits vis-à-vis de ses confrères.

D'autres auteurs qui soutiennent, par une interprétation restreinte de l'article 1382, qu'il ne faut voir comme fautifs que les actes spécialement et expressément prohibés par un texte de loi, ont été conduits à introduire la théorie de l'abus encore dans cette matière de libre concurrence. Attribuant à l'intention de nuire un rôle qu'elle ne doit pas avoir, ils disent qu'il y aurait abus de concurrence générateur de responsabilité, quand elle est exercée malicieusement avec l'intention unique de nuire à l'un de ses confrères commerçants. Ils prétendent apporter ainsi une limite subjective à cette liberté, sans se rendre compte, que ce qui caractérise la concurrence illicite, déloyale, n'est pas l'intention de nuire impliquée dans tous les actes de concurrence les plus légitimes, mais l'emploi des différents moyens frauduleux.

La jurisprudence décide ainsi pour le commerçant qui, par imitation du nom d'une maison (1), du nom patronimique (2), d'une enseigne ou raison commer-

1. Paris, 29 mai 1903. D. 03. 2. 263.

2. Dijon, 7 janvier 1892. D. 92. 2. 109.

ciale (1) de l'aspect extérieur d'un établissement (2), cherche à produire une confusion entre sa maison et celle de son concurrent, entre ses produits et les produits similaires de son concurrent (3).

Les juges, dans ces cas de concurrence déloyale, prescrivent les modifications nécessaires pour éviter à l'avenir toute confusion (4) et allouent des dommages au demandeur, à raison des préjudices causés.

Il y a encore une concurrence déloyale dans le fait d'avoir soudoyé l'employé d'un confrère pour fonder une industrie rivale(5) ou d'avoir dénigré publiquement, par voie d'affiches, les produits similaires de son concurrent, quand le rapport de l'Académie de médecine, constatant la supériorité d'un produit, a été publié par les journaux spéciaux de médecine (6).

La même question s'est posée pour le droit de celui (partie gagnante) qui a obtenu un jugement. Peut-il insérer, à ses propres frais, ce jugement dans d'autres journaux que ceux désignés par le jugement même ? La Cour d'Aix du 6 février 1857 (7) rend licite ce droit de publication, quand il est exercé pour rendre

1. Lyon, 15 janvier 1851. D. 54. 2. 137. — Aix, 8 janvier 1821. S. 21, 2. 347.

2. Paris, 29 décembre 1852. D. 53. 2. 164. — Paris, 26 avril 1898. S. 99. 2. 64.

3. Alger, 22 février 1888. D. 89. 2. 254.

4. Cass., 16 juin 1903. D. 03. 1. 454.

5. Cass. requ., 28 novembre 1898. D. 99. 1. 47.

6. Paris, 27 juillet 1858. D. 51. 2. 169.

7. D. 57. 2. 133.

plus notoire la réparation accordée par la justice et pour mieux prévenir les confusions de marque ou autres. Au contraire, quand ce droit est exercé dans un but autre que celui-ci (pour le plaisir de nuire à la partie condamnée), alors on agit sans droit. C'est une conséquence de ce principe, que ce droit n'est qu'un moyen pour atteindre un but déterminé, et que son exercice n'est licite qu'en vertu de sa fin.

La Cour de Paris du 5 juillet 1907 (1) nie la légitimité de ce droit, fondant son système sur l'idée qu'il n'y a que les tribunaux qui puissent agir dans ce but. Cette prétention paraît singulière à M. R. Demoque (2) : « car où est-il dit qu'on ne peut protéger son droit qu'en faisant en quelque sorte estampiller d'avance par justice les armes qu'on emploie ? »

Le tribunal de commerce de la Seine du 7 avril 1904 (3) rejetant l'action en dommage d'un débitant, qui se prétend lésé par une concurrence déloyale, déclare licite le fait du patron, qui sous peine de renvoi interdit à ses ouvriers de fréquenter ce cabaret pour leur éviter la rencontre d'un de ses concurrents. Cette mesure, inspirée par la défense de ses intérêts commerciaux, nécessaire pour le maintien du bon ordre dans ses ateliers et de son pouvoir disciplinaire, n'est licite qu'en vertu de ce but sérieux et légitime.

1. La loi du 29 septembre et octobre 1907.

2. *Revue trimestrielle de droit civil*, 1907, p. 806.

3. P. F. 1905, 2. 344. — Luxembourg, 28 octobre 1897. S. 96. 4. 15. — Cour de Liège, 9 février 1888. S. 90. 4. 14.

CHAPITRE III

L'ABUS DES DROITS DANS LA LÉGISLATION COMPARÉE

L'idée de l'exercice abusif d'un droit a pénétré dans le domaine législatif de certains pays comme l'Allemagne, la Suisse et l'Angleterre. Le fonctionnement pratique de cette théorie de l'abus, formulée en dispositions de lois, peut servir de conduite à la jurisprudence française vers la conception vraiment sociale du droit subjectif et à l'élargissement de la notion du mot « faute » (1).

I. — L'Allemagne (2).

La notion de l'abus des droits a été déjà consacrée par le Code prussien de 1794 (3) dans les articles 36 et 37 (titre VI, 1^{re} partie) ainsi conçus : « On ne doit pas indemnité pour un dommage causé par l'exercice

1. Eugène Gaudenet. *Livre du centenaire*, II, p. 967.

2. C. civ. allem. de 1900, traduction du comité de législation étrangère, I. Saleilles. « Théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil, pour l'empire allemand » (2^e édit., p. 370, note 1).

3. Code général pour les Etats prussiens, trad. par le bureau de législ. étrang. Paris, an IX.

de son droit, à moins qu'entre plusieurs manières de l'exercer on ait choisi à dessein celle qui pourrait être préjudiciable. »

Il faut arriver à l'élaboration du nouveau Code civil de 1900, pour voir comment la conception de cette notion s'est amplifiée jusqu'à la systématisation. Il est vrai que l'idée de finalité, comme principe prédominant l'exercice des droits, n'a pas été admise sans contestations. Tout d'abord, l'article 705 du premier projet du Code n'admettait comme illicites et générateurs de responsabilité que les faits qui rentrent dans l'exercice général de la liberté et non dans l'exercice d'un droit défini.

Dans la discussion devant le Bundesrath s'est posée, à l'encontre de toutes les théories individualistes, la conception vraiment sociale du droit subjectif. Par l'article 887 du projet définitif, le Bundesrath pose une règle en ce qui touche l'exercice du droit de propriété : « Tout exercice du droit de propriété qui ne serait réalisé que dans le but de nuire à autrui est illicite. » Dans sa décision, il a été conduit par l'idée que les droits subjectifs n'étaient jamais en eux et ne pouvaient être dans un état social civilisé des droits absolus au sens technique du mot, puisqu'ils ne pouvaient être reconnus et exercés que dans la mesure où ils n'étaient pas contraires aux fins organiques de la société.

La commission du Reichstag est venue ensuite pour généraliser cette idée à l'exercice de tout droit.

Elle supprima la disposition admise par le Bundesrath exclusivement en matière de propriété, pour en faire un principe général d'abus d'exercice, applicable à tous les droits. Ce principe a été consacré par l'article 226 actuel : « L'exercice d'un droit n'est pas permis lorsqu'il ne peut avoir d'autre but que de causer dommage à autrui. » Il domine la nouvelle législation et marque le courant où s'engage de plus en plus le droit moderne pour donner satisfaction à la bonne foi et empêcher l'usage strict du droit, surtout quand il est contraire au principe de l'équité, constituant un pur procédé de chicane. On pose en principe que le contenu d'un droit n'est jamais illimité, que ses limites dépendent de la conception que l'on se fait de la morale sociale, enfin que les droits ne sont plus des prérogatives individuelles et absolues, qu'ils doivent rester en harmonie avec la conception de la solidarité sociale.

A l'application du principe de l'article 226 se réfère l'article 826 actuel : « Quiconque intentionnellement cause dommage à un autre, d'une manière qui porte atteinte aux bonnes mœurs, est obligé envers cet autre à la réparation du dommage », dont l'élaboration a passé par les mêmes phases. L'article 810 du projet définitif faisait une restriction relative aux actes qui se trouveraient rentrés dans l'exercice d'un droit :

« Celui qui, par un fait ne rentrant pas dans l'exercice d'un droit qui lui appartient, cause un dommage à autrui de manière à choquer les bonnes mœurs doit réparation ». Cette réserve a été supprimée dans la rédaction du texte définitif de l'article 826, parce qu'on s'est aperçu qu'un acte peut être l'exercice d'un droit et cependant constituer un fait générateur de responsabilité, lorsqu'il est illégitime, contraire aux bonnes mœurs et à sa destinée sociale par le préjudice grave causé à la conscience publique (1).

Comme application particulière du même principe général, nous pouvons citer les articles suivants :

a) Les articles 242 et 243 qui fixent l'exécution équitable d'une obligation à peu près dans les mêmes termes que les articles 1134, alinéa 3 et 1246 du Code civil français.

b) Les articles 1298, alinéa 3 et 1299, sur la rupture injustifiée des fiançailles.

c) Les articles 1353 alinéa 2, 1357 alinéa 2, 1358 alinéa 2, sur l'abus de la puissance maritime (2).

d) Les articles 1666 et 1680 sur l'abus de la puissance paternelle et sa déchéance prononcée par l'intervention du tribunal des tutelles. L'article 1308 prévoit le

1. Pour la question de savoir lequel de ces deux articles (226 ou 826) fixe les éléments constitutifs de l'abus, voyez p. 156.

2. Le juge, tenant compte de la situation respective des deux époux et se guidant toujours d'après le but social et moral de l'union conjugale, décidera si la décision du mari sur le lieu de résidence est abusive ou non (art. 1353 al. 2 et l'art. 1364 al. 2).

recours au même tribunal pour suppléer l'autorisation parentale refusée sans raison grave à un enfant majeur qui veut contracter mariage. La même intervention, pour l'intérêt du pupille, est visée par l'article 1304 alinéa 3, dans le cas où son représentant légal est un tuteur.

e) Les articles 905 alinéa 2, et 910 alinéa 2, sur l'abus du droit de propriété. Ils défendent au propriétaire d'user de son droit et d'empêcher des actes qui sont entrepris à une telle hauteur ou à une telle profondeur de son fonds qu'il n'ait aucun intérêt à s'y opposer, surtout quand ces actes ne portent pas préjudice à l'usage de son fonds.

f) L'article 138 alinéa 2 prévoit une forme toute spéciale d'abus du droit de contracter, rendue possible par le principe de l'autonomie de volonté admis par le nouveau Code allemand. Il annule les contrats léonins caractérisés par la disposition des prestations fournies, faisant de la lésion une cause de nullité fondée non seulement sur l'élément purement objectif (de la

L'article 1355 prévoit l'abus du droit du mari d'imposer son nom de famille à sa femme lorsqu'elle a un intérêt justifié (comme écrivaine ou artiste) de conserver son nom de jeune fille. L'article 1356 prévoit l'abus du droit du mari de réclamer de sa femme des travaux domestiques qui ne sont pas conformes à l'usage ou à la condition sociale des époux. De même il y a abus dans l'enlèvement sans motif légitime du mandat domestique pour les besoins courants du ménage (art. 1357 al. 2) ou dans le refus sans juste motif, de l'assentiment du mari à un contrat pour lequel la femme s'oblige à des prestations personnelles (art. 1358 al. 2). Dans ces cas, la femme peut se plaindre au tribunal des tutelles.

lésion), mais encore sur un élément subjectif qui consiste dans le fait d'avoir tiré partie d'un état de faiblesse ou de misère de l'autre partie contractante, pour l'exploiter contrairement aux bonnes mœurs.

Art. 138. — Un acte juridique, qui porte, atteinte aux bonnes mœurs, est nul. Est nul, en particulier, un acte juridique par lequel quelqu'un, en exploitant le besoin, la légèreté ou l'inexpérience d'autrui, obtient pour lui ou pour un tiers, qu'en échange d'une prestation, on promette ou on fournisse des avantages patrimoniaux, qui excèdent de telle sorte la valeur de la prestation, qu'en tenant compte des circonstances, ces avantages soient par rapport à la prestation dans une disproportion choquante (1).

Une telle disposition permet, bien souvent, de protéger les faibles victimes de l'exploitation d'autrui dans des cas où les théories classiques françaises des vices de consentement et de la lésion auraient laissé le juge désarmé. La théorie de la violence est insuffisante, parce que dans l'exploitation de l'article 138 on tient compte de la volonté de celui de qui la pression émane et non de celui qui a été victime.

II. — La Suisse (2)

Le nouveau Code civil suisse, voté par l'assemblée

1. Saleilles. *Déclaration de volonté*, p. 251-302.

2. Code suisse annoté; V. Rossel. — Exposé des motifs de l'a-

générale le 10 décembre 1907, contient dans son titre préliminaire une disposition d'ordre général, qui affirme ce principe supérieur que l'on ne peut faire servir la protection de la loi à un but de malveillance ou de rancune.

Art. 2. Chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi. L'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi.

Par cette disposition, le législateur suisse a rompu avec la stricte application de l'ancien adage *qui jure suo utitur veninem lædere* pour admettre que l'abus du droit, étant incompatible avec la bonne foi, ne peut pas être protégé par la loi.

Par la formule trop large et trop vague de l'article 2, alinéa 2, le Code suisse diffère, dans la conception de la notion d'abus, du Code allemand qui, par l'article 226 donne une définition plus précise, par son caractère de subjectivité absolue, de la théorie d'abus de droit. Mais cela ne présente aucun danger au point de vue de l'arbitraire du juge, car l'article 4 fixe son pouvoir d'appréciation en lui imposant de tenir compte des circonstances ou des justes motifs.

— avant-projet de 1908, Eugène Hubert (trad. V. Rossel). — Message du Conseil fédéral du 28 mai 1964. Le Code civil de Zurich de 1887 (trad. Lehr, p. 48) prévoyait un cas d'abus dans son article 189 ainsi conçu : « Celui, dont la vue, l'ouïe et l'odorat sont affectés par l'usage que le voisin fait de sa propriété, peut s'adresser aux tribunaux lorsque ces inconvénients ne sont créés que dans le but de le contrarier méchamment. »

Art. 4. — Le juge applique les règles du droit et de l'équité, lorsque la loi réserve son pouvoir d'appréciation ou qu'elle le charge de prononcer en tenant compte soit des circonstances, soit de justes motifs.

Nous pouvons citer, comme application de ce principe général, les articles 92 et 93 sur l'abus du droit de rompre une promesse de mariage.

L'article 164 sur l'abus du droit que la femme a de représenter l'union conjugale pour les besoins courants du ménage.

L'article 285 sur la déchéance de la puissance paternelle pour l'abus d'autorité.

L'article 445 sur l'abus dans l'exercice des fonctions du tuteur et sa destitution par l'autorité tutélaire, quand les intérêts du pupille sont menacés.

Art. 684. — Le propriétaire est tenu, dans l'exercice de son droit, de s'abstenir de tout excès au détriment de la propriété voisine.

Art. 679. — Quiconque est atteint ou menacé de dommages par abus qu'un propriétaire fait de son droit, a contre lui une action pour le contraindre à remettre les choses en état ou à prendre des mesures propres à écarter le danger, sans préjudice de tous dommages-intérêts.

Ainsi la notion de l'abus des droits, acceptée par le nouveau Code suisse, implique une modification profonde de l'idée du droit lui-même. Elle marque la tendance actuelle vers la socialisation du droit civil.

III. — L'Angleterre (1)

Les Anglo-Saxons sont les plus individualistes des peuples dans leurs institutions aussi bien que dans leur philosophie.

Ils se font des droits une conception rigoureuse, absolutiste, fondée sur l'idée de libre concurrence vitale ; tout homme a, comme moyen d'action, les droits qui lui sont accordés comme des armes, dont il pourra faire usage jusqu'au bout à la poursuite d'un objectif quelconque, au gré de ses intérêts, de ses passions ou de ses caprices, sans que sa responsabilité puisse être jamais engagée. Pour eux, le droit est destiné à sanctionner les effets de la concurrence humaine et non à rétablir l'équilibre instable que déplace à chaque instant à son profit l'activité prépondérante : toute action est un fait de concurrence qui profite à son auteur aux dépens d'autrui, sans qu'il soit tenu à indemniser son concurrent malheureux.

C'est pour assurer les bienfaits sociaux de la libre concurrence qu'ils ont donné à cette loi de la nature un caractère inéluctable. Si par ma concurrence je cause un grave préjudice à autrui, comment peut-on concevoir ma responsabilité engagée, puisque je n'ai fait qu'user d'un droit incontestable ? Le seul fait que

1. Sir Frederick Pollock. *The law of torts*, 5^e éd.

l'acte le plus légitime cause un malheur à quelqu'un, que la réalisation d'un droit préjudicie à autrui, ne suffit pas pour engager la responsabilité de l'auteur de l'acte ou du titulaire du droit. Prétendre le contraindre, à ne jamais préjudicier à autrui, c'est lui interdire toute action, car il ne saurait satisfaire à cette exigence qu'en n'agissant pas du tout (Pollok, p. 141).

Ainsi l'humanité n'a pas d'intérêt à se soustraire à cette loi de la libre concurrence, parce qu'elle est le seul stimulant de son énergie.

Sir Pollock nous donne, comme exemple d'application de ce principe de l'immunité dans l'exercice des droits, la jurisprudence bien établie de la Chambre des lords en matière de propriété : « Jamais un usage de la propriété, qui serait légitime s'il était inspiré par un motif correct, ne saurait devenir illégitime parce qu'il est déterminé par un mobile incorrect ou même malicieux » ; par conséquent, le propriétaire peut user indéfiniment de sa chose, sans en devenir responsable quand il nuit à son voisin en lui masquant la vue ou en tarissant les eaux qui jaillissaient sur son fonds.

Ils ne conçoivent pas que le droit d'agir en justice pût jamais devenir générateur de responsabilité civile. Le seul fait que le plaideur a agi malicieusement n'engage pas sa responsabilité envers son adversaire triomphant, car l'abus malicieux des procès civils ne constitue pas un délit.

Mais l'absolutisme de ce droit a dû fléchir devant les tendances sociales contemporaines. Les juges du Banc du Roi ont décidé que le droit d'agir en justice peut être susceptible d'engager la responsabilité de ceux qui l'exercent exceptionnellement pour certaines actions particulièrement graves. Telles les actions qui, comme l'action en banqueroute, sont de nature à porter atteinte au crédit ou à la liberté d'une personne et qui entraînent la responsabilité du demandeur malicieux, sans motif raisonnable.

Cette application de la théorie de l'abus de droit a été généralisée par la loi du 14 août 1896, qui est intervenue pour empêcher l'engagement des procès téméraires intentés dans un esprit de méchanceté par l'introduction de procédures vexatoires (1).

Remarquons tout d'abord que la généralité de cette solution, contrastant singulièrement avec les idées de liberté et d'initiative individuelle qui animent le peuple anglais, est une preuve évidente que l'absolutisme anglais ne peut désormais s'abstraire des tendances sociales actuelles et qu'il faut quitter le vieil axiome de l'irresponsabilité dans l'exercice de nos droits.

Cette loi, provoquée par une série de procès vexatoires intentés contre de hauts personnages sans aucune

1. *Annuaire de législation étrangère*, 1896, p. 49.

raison d'être sérieuse, adopte une méthode à la fois préventive et répressive contre l'abus des procès :

« Article premier. — Il sera permis à l'attorney général de faire rendre par la Haute Cour une ordonnance dans le but suivant : s'il justifie qu'une personne intente habituellement et avec persistance des procès vexatoires sans motif raisonnable, la Cour pourra, après avoir entendu cette personne ou l'avoir mise à même de se faire entendre, défendre à la dite personne d'intenter aucun procès avant d'avoir obtenu, de la Haute Cour ou d'un juge de la Haute Cour, une autorisation qui ne lui sera délivrée que si elle justifie qu'elle ne fait pas une procédure abusive et qu'il y a, à première vue, matière à procès. »

Une pareille interdiction d'ester en justice sans autorisation, est à la fois une sanction préventive et une sanction répressive à titre de peine, car une telle ordonnance ne peut être rendue qu'à l'encontre des plaideurs téméraires d'habitude et par conséquent à titre tout à fait exceptionnel.

Les principales dispositions de cette loi sur la procédure vexatoire ont été reproduites presque mot pour mot par une loi spéciale du 12 août 1898 applicable en Ecosse (1).

Sir Pollock (p. 151) nous cite encore, comme exemple

1. *Annuaire de législation étrangère*, 1898, p. 24.

d'abus de droit, la tendance qui s'accuse chez les juges anglais à admettre la responsabilité de celui qui, par un conseil malicieux, persuade à autrui d'accomplir un acte qui nuira à un tiers.

CHAPITRE IV

CRITÉRIUM DE L'ABUS D'UN DROIT

Devant la récente tendance jurisprudentielle d'abandonner dans un assez grand nombre de cas la vieille maxime : « *Neminem lædit qui suo jure utitur* » pour déclarer civilement responsable celui qui exerce abusivement son droit, les auteurs de la théorie de l'abus se sont demandé quel est l'élément constitutif ou, plutôt, quels sont les signes caractéristiques qui ont conduit la jurisprudence à distinguer l'exercice régulier de l'exercice abusif d'un droit.

a) D'après une première conception restrictive du critérium, soutenue par M. Saleilles, ce qui caractérise l'abus, est l'intention de nuire et le manque d'un intérêt appréciable et légitime. M. Saleilles propose de définir l'abus de droit dans ces termes : « Un acte dont l'effet ne peut être que de nuire à autrui sans intérêt appréciable et légitime pour celui qui l'accomplit, ne peut jamais constituer un exercice licite d'un droit ». Ce criterium n'explique pas toutes les décisions jurisprudentielles, notamment celles rendues en matière de

propriété, de grève. En dehors de toute idée de malice on peut encourir une responsabilité lorsqu'on détourne un droit de son but légal pour le diriger vers une fin autre que celle à laquelle il est normalement affecté. Dans ces cas, pour assigner le critérium de l'abus, il faut se placer moins au point de vue de l'auteur, qu'au point de vue de l'intérêt en cause.

b) D'après une deuxième conception plus large de la notion de l'abus, ce qui caractérise les cas d'abus est, le détournement du droit de son but économique et social.

C'est le critérium proposé par M. Charmont (1) : « Les cas d'abus caractérisés par l'intention de nuire ne sont pas les seuls qui puissent se présenter. La détermination du but économique social du droit exercé, peut être un meilleur criterium ». De même M. Josserand (2) : « Un droit ne peut être réalisé impu-

1. *Revue trimestrielle*, 1902, p. 134. — M. Porcherot, thèse, p. 215.

2. *L'abus des droits*, p. 56 et 57. D. 1906. 2. 106. — M. Geny. *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, p. 544 : « C'est en scrutant le but économique et social d'un droit et en comparant son importance à celui des intérêts qu'il contrarie, qu'on pourra découvrir la mesure juste et vraie de ce droit individuel. » Le juge de paix suppléant du X^e arrondissement de Paris, dans son jugement du 9 septembre 1908, à propos de la grève des électriciens : « Quiconque use d'un droit dans le seul but de nuire à autrui, commet un acte illicite qui constitue un abus de droit, non pas à raison de l'intention qui l'inspire, mais par lui-même, parce qu'il constitue objectivement un fait anormal, contraire à la destination économique, et sociale du droit objectif, exercice réprouvé par la conscience publique ». Critiques apportées par M. Albert Wahl. *Revue trimestrielle*, 1906, p. 639 et suiv.

nément qu'à condition d'être mis par son titulaire au service d'un objectif licite, d'un motif légitime. »

« Le motif légitime est le critérium exact définitif, la pierre angulaire de toute la théorie de l'abus des droits, que l'on retrouve à tout propos dans une foule d'arrêts, sous la plume des auteurs et jusque dans les textes législatifs ». Comme ce motif légitime est différent pour chaque droit, M. Josserand pense qu'il vaut mieux parler des abus des droits, car les abus sont eux-mêmes multiples et variables comme les droits eux-mêmes.

Il partage les droits en deux catégories, d'après leurs fondements juridiques (1).

1^o Il y a d'abord des droits dont la destination légitime est l'intérêt individuel (le droit de propriété individuelle, le droit de recourir aux voies légales, les droits de grève). L'abus de ces droits consisterait dans le défaut d'un intérêt sérieux et légitime, dans l'intention malveillante du titulaire de droit ; l'absence d'un intérêt sérieux relève ou fait présumer le plus souvent la mauvaise foi.

2^o A côté de ces droits, il y en a d'autres à fondement altruiste (le droit d'exprimer sa pensée, la puissance paternelle ou maritale), concédés par le législateur dans l'intérêt d'autrui plutôt que dans l'intérêt du titulaire.

1. Note D. 08. 2. 73.

L'abus de ces droits consisterait dans l'égoïsme du mobile, dans la poursuite d'un mobile personnel et non d'un but désintéressé (pour faire connaître la vérité par voie de presse ou pour protéger les intérêts des enfants, de la femme et de la famille).

En somme, la vraie notion de l'abus de droit, d'après cette doctrine, est subjective, car elle se rattache à l'idée du but, à l'état d'âme du titulaire au moment où il agit. L'affirmation du principe que la loi se déclare impuissante à se mettre au service d'un but antisocial et contraire à la destination d'un droit, ne ferait, à l'avis de M. Charmont, que compléter et développer le principe de la théorie de la cause de l'article 1131 du Code civil, pour pouvoir l'appliquer non seulement à la naissance d'un droit, mais même à son exercice. M. Bufnoir (1) a relevé un rapprochement entre la théorie de la cause et celle de l'abus, fondées toutes les deux sur la même préoccupation du but.

M. Josserand invoque en faveur de l'abus, le fait que

1. *Propriété et contrat*, 1901, p. 809 : « L'autonomie de la volonté ne suffit pas pour que la volonté se lie elle-même, la loi veut savoir pourquoi elle se lie et apprécie son but ; de même l'autonomie de la propriété ne suffirait pas à justifier l'usage absolu de la chose sur laquelle porte ce droit de propriété, il faudrait que tous les actes qui en constituent l'usage ou certains d'entre eux au moins, eussent une cause légitime acceptée par la loi. » M. Bufnoir, partant de l'idée fausse, que le droit de propriété est absolu et légitime par lui-même, conclut que l'abus ne se justifie pas pour ce droit, car alors on aboutirait à cette conséquence qu'il y aurait dans le droit de propriété des facultés pour lesquelles il faudrait justifier d'un but légitime.

la validité d'une libéralité (1) ou même d'un acte à titre onéreux (2) dépend de la moralité du mobile ou du but auquel a obéi la volonté des contractants. C'est que la cause d'une donation, d'après la théorie conçue par Domat (3), ne peut être cherchée que dans les motifs de l'intention libérale, dans la raison déterminante du donateur, car il est impossible de trouver autre chose qui puisse servir de cause à la promesse de donner. Comment apprécier la valeur morale d'une volonté de donner, dépourvue des motifs qui l'ont fait naître ?

Les auteurs causalistes ont donc à tort essayé de dénaturer la théorie de Domat, et de faire une distinction entre la cause et le motif d'un contrat. Par conséquent, la légalité ou la moralité d'un acte doit s'apprécier d'après cet acte pris dans son ensemble, d'après le but et l'intention de l'agent. La notion de cause est donc fausse et inutile, car elle se confond

1. Les donations à un concubin, à un enfant naturel sont déclarées nulles par la jurisprudence à cause de l'illégitimité de la pensée à laquelle le donateur a obéi. Elle déclare aussi nulle la donation dont la cause impulsive et déterminante est une condition illicite ou immorale.

2. La Cour de cassation annule le prêt d'argent, quand dans la pensée des contractants on relève une destination illicite des deniers empruntés. Requ. 1^{er} avril 1895, D. 95, 1.263. — Cas., 4. juil. 1892, D. 92, 1.500.

3. Loi civile. L. I, t. I. s. 1., n^o 5 et 6. M. Planiol, II, 5^e éd., n^o 1026 et suiv. Le nouveau Code civ. allemand, par la théorie de la déclaration de volonté, supprime toute distinction entre la cause et le motif d'une obligation, laissant aux juges un pouvoir très large pour chercher si le but le plus lointain, le plus caché poursuivi par les parties est licite, non contraire à la conscience, collective (aux mœurs). Art. 138. Saleilles. *La déclaration de volonté*, p. 287.

avec l'objet du contrat ou avec le mobile poursuivi par les contractants.

Une analogie tenant à l'idée de finalité entre le détournement des pouvoirs du droit administratif et l'exercice abusif d'un droit privé, a été invoquée comme un argument en faveur de la théorie de l'abus (1).

Dans ce cas, le recours au Conseil d'Etat est caractérisé par cela, que l'agent administratif use de ses droits de police pour des motifs autres que ceux en vue desquels ces droits lui ont été attribués. Ainsi, l'administrateur abuse de ses pouvoirs parfaitement valables dans leur forme, en les détournant de leur but légitime, c'est-à-dire quand il en use non dans un intérêt général, ni dans un intérêt de police ou de sécurité publique, mais dans un intérêt purement privé pour trancher une contestation entre particuliers, pour avantager l'un d'eux, pour couvrir d'irresponsabilité un de ses agents, ou enfin pour obéir à des calculs d'économie, dans un intérêt purement fiscal de l'Etat.

M. Marc Desserteaux (2) critique cette analogie :

« Le juge administratif a des pouvoirs bien plus larges que le juge du droit civil, parce qu'il applique une législation non codifiée, muette sur des points essentiels et parce qu'il est encore considéré, à certains égards—et notamment quand

1. Porcherot, p. 150. — Hauriou. S. 905.3.16. — Laferrière. *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 1^{re} éd., t. II, p. 522. — Saleille. *Rap.*

2. « Abus de droit ». *Revue trimestrielle*, 1906. p. 122.

il connaît de l'excès de pouvoir — comme un supérieur hiérarchique.

D'ailleurs, le pouvoir est délégué aux agents de la puissance publique, dans l'intérêt de leurs administrés ; s'ils agissent autrement, il est évident qu'ils ne satisfont pas à leur mandat, et à défaut de toute autre considération, on pourrait attaquer leurs actes, en prétendant simplement qu'ils sont frauduleux ; ce qui, d'après une doctrine assez commune, les soumet à des règles déroatoires : *Fraus omnia corrumpit*.

Au contraire, il est impossible de prouver que le titulaire d'un droit privé tient ce droit d'une délégation expresse ou tacite, et, en général, lorsqu'il en abuse, il est impropre de dire qu'il commet une fraude. »

Quant à nous, nous considérons cette distinction, en droit administratif entre l'excès de pouvoir et le détournement de pouvoir (comparé à l'abus de droit en matière civile), comme inutile, car dans les deux hypothèses la décision de l'agent administratif sera nulle, illégale, pour avoir été prise en dehors des pouvoirs limités et conditionnés, soit par le but précis d'agir dans l'intérêt général des administrés, soit par des règles précises sur la compétence et l'observation des formes légales.

C'est-à-dire, que les pouvoirs de l'agent administratif ne sont pas absolus, mais limités, qu'ils nous apparaissent non pas comme des fins en eux-mêmes, mais comme des moyens destinés à réaliser un but déterminé, et alors, leur exercice n'est licite qu'en vertu de leur fin.

Le détournement des pouvoirs administratifs, comme l'abus des droits privés, consisterait donc à prendre le moyen pour la fin.

Par conséquent, les pouvoirs des administrateurs, comme les droits privés, doivent être exercés socialement et conformément à l'esprit de l'institution, pour qu'ils soient légitimes.

M. Georges Ripert (4) adopte le criterium de M. Josserand, fondé non seulement sur l'intention de nuire, mais encore sur le but illicite poursuivi par le titulaire d'un droit.

Il apporte pourtant une restriction au domaine d'application de l'abus de droit : parce que il y a des droits qui ne sont pas susceptibles d'abus, des droits dont l'exercice a un but utile, partant légitime, indépendamment de toute volonté de leur auteur.

Ainsi l'action en bornage, exercée même uniquement dans une pensée malveillance, pour forcer son voisin à arracher des arbres plantés en deçà de la limite légale, mais qui ne le gênent en rien, n'expose en aucun cas le demandeur à être déclaré responsable, parce qu'elle est dans tous les cas susceptible de procurer la même utilité à celui qui l'exerce, quels que soient les mobiles auxquels il obéit. D'après cette théorie, soutenue

1. « L'exercice des droits et la responsabilité civile. » *Revue critique* 1906. p. 352.

par M. Ripert, on doit se faire une conception individualiste de certains droits, qui portent leur justification et leur fin en eux-mêmes, et qui, par conséquent, ne sont pas susceptibles d'abus.

Nous pensons, au contraire, que tout droit est susceptible de devenir abusif (fautif) quand il est exercé à l'encontre de sa destination légitime, et cela, parce que on ne peut pas comprendre un droit qui ait en lui même sa fin. De deux choses l'une : ou l'action en bornage est suffisamment justifiée par un intérêt sérieux, pour tracer les limites insuffisamment ou mal fixées des deux fonds voisins, ou au contraire, cet intérêt est un simple prétexte, l'intention de nuire étant le mobile principal poursuivi dans l'exercice de cette action. Alors le juge, après une juste appréciation, dira qu'il y a faute (abus), parce que le prétendu intérêt n'a joué qu'un rôle secondaire dans la détermination du demandeur en bornage.

M. Marc Desserteaux (1) propose un autre critérium. Il généralise la théorie soutenue longtemps par la doctrine et appliquée par la jurisprudence traditionnelle au droit de propriété, qui fait une distinction entre la lésion d'un droit générateur de responsabilité, et la lésion d'un simple intérêt (2) ou privation d'un simple

1. Abus des droits ou conflit de droits. *Revue trim.* 1906, p. 119.

2. Théorie soutenue par Pothier, *Société* IV, n° 245. — M. Blondel. *S.* 97. 1. 173. — M. Esmein. *S.* 98. 1. 17. — Aubry et Rau,

avantage occasionnel, qui n'entraîne aucune responsabilité. D'après lui, l'abus consisterait dans l'exercice d'un droit qui en lèse un autre également respectable, et qu'alors il mériterait en bonne terminologie d'être appelé le conflit des droits.

A la différence de l'acte illicite, qui est celui qui n'est pas accompli dans l'exercice d'un droit et qui en lèse un autre, l'acte abusif répond à l'exercice d'un droit de la part du lésant.

D'après ce système, la théorie de l'abus se concilie avec le caractère absolu des droits et restreint l'arbitraire du juge au cas où il aura un conflit à trancher entre deux droits. Pour chercher lequel des deux droits doit fléchir devant l'autre, M. Desserteaux fixe des règles générales qui doivent conduire le juge dans ses appréciations : *a)* D'abord on doit préférer la vie ou la liberté d'un homme à l'intérêt purement pécuniaire d'un autre ; il faut reconnaître au locataire malade, en danger de mort au moment du congé, le droit de se faire maintenir dans l'immeuble par la voie du référé.

b) Ensuite, le juge donnera préférence plutôt au titulaire du droit qui a un intérêt licite et sérieux qu'à celui qui n'a qu'un intérêt illicite, contraire aux mœurs (comme l'ouverture d'une maison de tolérance).

c) Enfin, à défaut des causes précédentes, si le titulaire d'un droit aurait pu (sans modifier le but légal de son droit) atténuer les inconvénients que cet exercice pouvait entraîner pour autrui, s'il a commis une faute, négligence ou imprudence, alors le droit de l'adversaire est préféré à celui dont l'exercice est entaché de pareilles fautes. Tel est le cas de l'industriel qui n'a pas employé tel système proposé par la science pour rendre moins gênante l'exercice de son industrie, ou le cas du plaideur téméraire qui commet une faute assez grave, dont le degré doit s'apprécier plus sévèrement pour le demandeur que pour le défendeur.

Lorsqu'aucune de ces causes n'existe, les tribunaux ne peuvent ordonner aucune modification de l'état de fait existant.

A cette idée de conflit de droits, qui conduit à restreindre le champ de la maxime « *Neminem loedit qui jure suo utitur* » au cas où le droit n'atteint que des intérêts, on peut objecter la difficulté de distinguer les actes qui lèsent un droit (privation d'un élément constitutif de la substance de droit) des actes qui causent une simple dépréciation de valeur.

Cette doctrine n'est plus en accord ni en concorde avec le mouvement de la jurisprudence moderne, qui cherche à déterminer les limites des droits d'après leur but légal et social, ou d'après l'usage normal imposé par les mœurs du milieu ambiant.

Donc, cette théorie peut se défendre en doctrine seulement, car les solutions pratiques auxquelles aboutit la jurisprudence moderne ne peuvent se fonder sur ce critérium insuffisant, qui fait une distinction entre les faits qui portent atteinte directe au droit d'autrui et ceux qui ne seraient qu'une simple dépréciation de valeur provenant d'une privation de jouissance purement aléatoire (1).

Elle incombe cette autre critique, que les droits ne sont pas absolus mais limités par leur but légal et social, que, par conséquent, quand le conflit de deux droits privés entraîne la responsabilité civile de l'un des deux titulaires de droit, c'est que celui-ci n'exerce plus son droit ; il accomplit un acte sans droit.

Les actes illicites, comme les actes abusifs, sont des actes sans droit, qui ne rentrent plus dans l'exercice licite d'un droit.

M. Josserand (2), quoique partisan du critérium subjectif de l'abus, est obligé de recourir à un critérium objectif pour déterminer la légitimité du mobile poursuivi par un titulaire de droit se référant en ce but à l'esprit de l'institution révélé, soit par le texte d'une loi, soit par les travaux préparatoires, soit par l'état social, les mœurs, les aspirations du présent. Il

1. M. Saleilles. *Bulletin de la Soc. d'éd. lég.*, 1905. — M. Appert S. 05. 2. 41.

2. *L'abus des droits*, p. 50, note 3.

reconnaît que le critérium subjectif (le but, la volonté ou l'intention du titulaire) ne saurait à lui seul résoudre le problème de l'abus des droits, et justifie le législateur allemand de 1900 du reproche de contradiction que M. Saleilles lui a adressé en cette matière. D'après M. Josserand, une pareille contradiction, entre le critérium purement subjectif (l'intention de nuire) adoptée par l'article 226 et le critérium objectif (un fait contraire aux bonnes mœurs) de l'article 823 n'existe pas, car celui-ci ne fait que compléter les dispositions du premier, pour contrôler le mobile de l'agent d'après les mœurs du milieu social ambiant.

Nous croyons injuste de donner à l'intention de nuire un rôle si important et chercher les éléments constitutifs d'un acte générateur de responsabilité dans cette intention, quand en réalité ce qui caractérise l'illicite d'un pareil acte est justement le détournement du droit de son but légal.

C'est donc, à juste raison, que M. Saleilles (1) s'est prononcé pour le critérium objectif de l'article 823 du Code civil allemand, qui seul devait servir à définir

1. *Théorie gén. des oblig.*, 1901, p. 370.

D'après l'opinion de M. Planck, commissaire des Bundesrath, le législateur allemand aurait voulu établir un abus de droit aussi bien au sens de l'art. 226 que dans celui de l'art. 823. Il n'y aurait délit civil, par application de l'art. 823, que là où il y a abus de droit d'après l'art. 226; pour savoir quels sont les éléments constitutifs de l'abus de droit, c'est à l'art. 226 qu'il faut s'adresser et non à l'art. 823, celui-ci se rapportant tacitement au premier.

l'abus de droit, comme un acte anormal, exercé en vue de réaliser une fin autre que sa fin légale ou sociale. Il n'est pas moins vrai que le plus souvent, le juge, qui se demande si l'exercice d'un droit est détourné ou non de sa destination normale, ne peut statuer sans se préoccuper des intentions, des mobiles d'action de l'auteur de l'acte incriminé.

M. Hauriou (1) déclare aussi que cette théorie de l'abus des droits correspond à l'idée qu'on ne doit pas user de son droit dans des buts qui ne sont pas ceux prévus par un texte de loi, ou par les principes de commerce juridique sous-jacents à la légalité. C'est-à-dire, à côté du droit positif insuffisant à notre instinct de justice, il y a une certaine conception de l'équité et de bonne conduite acceptée de tous, un certain droit naturel qui nous interdit certaines façons d'agir.

En d'autres termes, les actes appelés abusifs ne sont que des actes accomplis en dehors des limites déterminés par les juges d'après la conscience collective de la société, des bonnes mœurs, à un moment précis de l'évolution du droit. Personne ne soutiendrait que le droit ait en lui-même sa raison d'être et son but, car il se compose d'un ensemble de règles destinées à permettre aux hommes de vivre en société, et alors, tout acte qui aurait pour résultat de rompre les liens sociaux, serait

1. Note S. 1905. 3. 17.

un acte antijuridique (un acte accompli sans droit) et devrait être effacé (1). Toute institution, toute prérogative a sa destinée, son objectif déterminé qui constitue sa raison d'être. Lorsqu'un droit est dévié de son but social pour l'exercer non conformément à l'utilité sociale, à l'équité, il est naturel que tous les dommages causés par lui dans une direction anormale soient à la charge de son titulaire.

En somme, la théorie de l'abus ne fait qu'accepter l'idée (dont la jurisprudence contemporaine se trouve animée) d'évolution du droit vers une conception plus sociale des droits, imposée par l'idée moderne de solidarité, qui repousse l'ancienne conception fautive d'un droit individualiste et absolu qu'on se faisait au XVIII^e siècle.

Il ne faut pas craindre l'arbitraire du juge dans l'appréciation du but social et économique d'un droit, d'après les mœurs actuelles, d'après la conscience collective faite (à un moment précis de l'évolution du droit) sur la moralité commerciale ou civile, car l'opinion publique constitue pour les particuliers la meilleure des garanties, et parce que le juge saura garder la juste

1. De toute antiquité ce principe a été reconnu et formulé par la vieille maxime *malitiis non est indulgendum*. — Laurent, VI, no 140 : « Les droits sont des facultés qui nous sont nécessaires pour remplir notre mission sur la terre et mission n'est pas de faire le mal pour le plaisir de faire le mal. » — M. Duffau-Lagarosse. *Revue critique*, 1899, p. 479 : « Les droits ont été sanctionnés par le législateur pour assurer la paix dans la société et non pour servir de rancunes individuelles. »

mesure dans les transactions nécessaires qui doivent être faites, pour que la loi conserve le caractère vivant, et pour qu'elle puisse s'adapter à la conscience collective en voie de transformation.

Cette crainte (1) de sombrer le droit par l'incertitude dans laquelle on met le titulaire des droits positifs, à cause de l'impossibilité d'indiquer nominativement les espèces dans lesquelles nous risquons de choquer si fort la conscience publique, est chimérique ; parce que le principe de l'interprétation large du juge a été appliquée pendant des siècles sans que les rapports sociaux en aient été troublés (2).

Ce pouvoir d'adapter une vieille institution aux besoins de l'époque, de la mettre en harmonie complète avec l'état actuel politique et sociale (les motifs légitimes des droits se transforment conformément aux aspirations sociales, aux mœurs, aux préjugés), est accordé

1. M. Marc Dessertaux. *Revue trim.*, 1906, p. 119. Le fait d'instituer comme légataire universel un étranger, par haine de sa famille et quand on n'a pas d'héritier réservataire, n'est pas encore réprimé par la conscience actuelle de la société, comme la crainte du paupérisme n'est pas un motif légitime pour que le locataire puisse refuser de payer son loyer. Barde. *Traité des oblig.*, 2^e éd., III, p. 1.683.

2. La bonne foi ou la mauvaise foi qui domine les rapports juridiques et qui est une notion d'ordre subjectif est laissée à l'appréciation du juge, sans aucune crainte ou méfiance de son arbitraire. En matière de diffamation, de fraude, de séduction, de possession, de divorce, etc., les tribunaux s'occupent à chercher la faute morale réprouvée par la conscience et la bonne foi (appréciation purement subjective). Presque toujours l'intention, le mobile qui a guidé un titulaire dans l'exercice de son droit est révélé aux juges par des circonstances de fait, ou par les conditions extérieures de l'acte lui-même.

à la jurisprudence, parce que les législateurs modernes ne peuvent pas tout fixer par un texte de loi. Sans juste raison, on a critiqué ce rôle exagéré du juge qui conduirait à l'insécurité d'un texte de loi.

En réalité, ce ne sont pas les juges de fait, mais la jurisprudence de la Cour de cassation qui supplée le législateur et qui maintient l'unité de direction par son droit de contrôle sur les décisions des Cours d'appel et d'autres tribunaux. Ainsi les règles sages et utiles, imposées par un principe d'équité social et fixées par la jurisprudence, ont la même fixité qu'une loi.

Le juge reste régulateur de la vie sociale dans ses rapports avec la loi ; s'inspirant de la finalité des droits il pourra en déterminer la sphère d'application (1).

La théorie de l'abus ainsi comprise nous apparaît comme destinée à assouplir, à moraliser le droit, parce qu'elle déplace les frontières toujours provisoires qu'on a prétendu établir entre la morale et la loi. Voilà alors l'objection la plus grave que M. Esmein (2) a fait à cette théorie. Il dénonce ainsi le danger de cette notion d'abus de droit, qui laisse au juge la tâche difficile et même impossible de chercher l'intention malicieuse de celui qui exerce son droit : « parce que c'est un mobile qui

1. *La théorie moderne d'interprétation.* — Geny. *Méthode d'interprétation et sources en Droit privé positif.* — M. Van der Eycken. *Méthode positive de l'interprétation juridique.* Bruxelles, 1906.

2. Note Sirey, 1898. 1. 17.

relève de la foi intérieure et nul ne peut avoir la prétention de sonder les consciences. Cette idée implique une étrange confusion du droit et de la morale et une substitution de la faute morale à la faute juridique. »

Ce raisonnement est inadmissible parce qu'on ne peut pas supposer une barrière infranchissable entre la morale et le droit. Toutes les tentatives faites par les jurisconsultes pour déterminer le domaine de la morale distincte de celui du droit, sont restées infructueuses, car l'évolution incessante du droit entraîne une pénétration réciproque de ces deux domaines (1).

Quand une obligation morale est acceptée par les usages et les mœurs, quand un acte immoral choque davantage les mœurs plus raffinées d'une époque, jusqu'à tel point qu'il apparait comme un danger pour l'ordre social, on sent bientôt la nécessité de lui donner une sanction et de le passer ainsi dans le domaine du droit. Cette élaboration du droit par la morale s'accomplit, non seulement par le législateur, mais aussi et surtout par la jurisprudence, qui, en vertu de ses pouvoirs d'interprétation de la loi, a la mission d'adapter la loi aux exigences sociales qui sont dans une voie de transformation constante.

L'évolution du droit romain nous offre un exemple de

1. Dès longtemps les auteurs ont comparé la morale et le droit à deux cercles concentriques dont le droit serait celui de moindre rayon, qui sans cesse s'étend et absorbe la zone extérieure de la morale. Chaque règle de justice n'est qu'un beau cristal qui grossit dans l'eau mère qui le baigne, c'est la morale qui le nourrit. M. G ide « Justice et charité. » Conférence du 22 fév. 1899.

cette pénétration de la morale dans le domaine du droit en vue de le corriger et de mieux l'adapter aux mœurs et aux exigences sociales.

D'ailleurs, quand on agit sans motif légitime et à plus forte raison avec l'intention exclusive de nuire, sous l'apparence du droit exercé on accomplit un acte sans droit, on commet une faute juridique et non une faute morale (1).

1. Duffau-Lagarosse. *Revue Criminologique*, 1899, p. 494.

CHAPITRE V

LA PREUVE DE L'ABUS DU DROIT

Les partisans de la théorie de l'abus se sont demandé à qui incombe la charge de la preuve et sur quoi elle porte.

a) Pour savoir à qui incombe la charge de la preuve, en absence de texte précis, ils se retranchent sur le terrain du droit commun de l'article 1315 du Code civil et appliquent la vieille maxime *onus probandi incumbi actori*, quelle que soit la nature du droit dont on a abusé.

Par conséquent, c'est à la victime, au demandeur en indemnité de prouver que son adversaire a exercé un droit abusivement, sans motif légitime. L'exercice légitime d'un droit constituant la règle générale de l'activité d'un honnête homme, on présume un intérêt légitime et normal de la part du titulaire du droit, comme on présume la bonne foi.

La jurisprudence s'est toujours prononcée en ce sens : la partie qui prétend que son adversaire a abusé d'un de ses droits, est tenue d'établir cet abus pour réussir dans sa demande. Ainsi, quand l'ouvrier, congédié en

vertu de l'article 1780 alinéa 2, se prétend lésé par l'exercice abusif du droit du patron de résilier le contrat de louage de service, à durée indéterminée, la jurisprudence actuelle exige de lui la preuve de l'absence de tout intérêt personnel ou industriel légitime de la part du patron, ou l'absence de toute faute grave commise par lui, ou de toute inaptitude professionnelle qui aurait pu justifier son renvoi légitime (1). On a prétendu, pour expliquer l'importance de la réforme apportée par la loi du 27 décembre 1890 (le nouvel art. 1780), que depuis cette date le patron doit appuyer de motifs légitimes le renvoi de ses ouvriers, que le législateur a voulu remplacer la résiliation arbitraire par un droit de résiliation pour justes motifs (2). Cette prétention est vaine et injuste, car elle aurait pour conséquence la présomption de l'abus de droit, contrairement au grand principe qui n'admet pas la présomption de la fraude, de la malice. Elle ne saurait s'expliquer que par le désir de favoriser à tout prix la classe des ouvriers, ou par la présomption d'une clause sous-entendue, intervenue entre le patron et ouvriers, de ne pas donner congé sans motifs légitimes. S'il est vrai que la loi du 27 décembre 1890 a apporté quelque chose de

1. Cass. civ., 30 mars (3^e arrêt) D. 95. 1. 249. — Cass. Req., 21 nov. 1893. D. 94. 1. 235.

2. M. Marc Desserteaux. *Recue trim.*, 1906, p. 135. — Grenoble, 23 jan. 1893. D. 93. 2. 377. — Trib. de la Seine, 24 févr. 1902, *Gaz. des trib.*, 25 sept. 1902. — Déclaration de M. Léon Renault au Sénat. *J. off.*, déb. parlem., 25 nov. 1890, p. 1074 et *J. off.*, déb. parlem., 4 déc. 1890, p. 1131. — Cornil. *Louage de services*, p. 335.

nouveau dans la pratique, c'est qu'elle a restreint le droit de résiliation à des limites laissées à l'appréciation des juges. Depuis cette époque le patron et l'ouvrier peuvent discuter devant les juges les motifs de renvoi ; le patron, pour échapper à une condamnation, doit prouver la légitimité de l'acte qui lui est imputé, c'est-à-dire un motif sérieux de congé.

Ce droit de résiliation n'est plus absolu comme il l'était avant 1890, mais limité par la poursuite d'un motif sérieux.

Par conséquent il y aura échange d'arguments, car les débats ont la forme d'un dialogue entre les deux parties engagées : le demandeur affirme que son adversaire a usé de son droit de congé sans motifs sérieux, par pure méchanceté ; le défendeur allègue à son tour ses motifs légitimes qui l'ont décidé à donner congé. C'est-à-dire, la charge de la preuve incombe à celui qui allègue un fait contraire à la situation acquise ou présumée de l'adversaire, comme dans notre hypothèse on présume la bonne foi de la partie qui résilie le contrat.

La chambre des requêtes du 13 mars 1905 (D. 906. 1.113), déclarant que le refus d'embauchage devient générateur de responsabilité quand il est exercé sans aucun intérêt légitime, par un esprit de malveillance contre les ouvriers syndiqués, laisse au juge l'appréciation, d'après les circonstances de fait, du but poursuivi

par le patron dans le refus d'embauchage. Bien entendu cela ne veut pas dire que le patron doit motiver par une raison sérieuse son refus d'embaucher un ouvrier syndiqué. C'est au syndicat, qui, dans l'espèce, prétend être lésé, qu'incombe la charge de prouver le manque d'un intérêt sérieux du patron de prendre en considération la qualité d'être syndiqué d'un ouvrier, et qu'il a agi ainsi dans le seul but de nuire au fonctionnement du syndicat. Le patron, pour se décharger de toute responsabilité, doit prouver à son tour que son refus de contracter avec un ouvrier syndiqué repose sur un intérêt légitime et sérieux, sur l'absence d'une qualité professionnelle de l'ouvrier qui est normalement prise en considération pour un tel engagement. Le juge vient ensuite pour mettre en balance les arguments des adversaires et pour décider (se laissant conduire par le principe de l'équité et par les circonstances de fait de l'espèce), s'il y a ou non un acte illicite de la part du patron.

Les protagonistes de la nouvelle doctrine prétendent qu'on ne pourra pas objecter à la théorie de l'abus l'infériorité dans laquelle elle place la victime d'un abus par la difficulté sinon l'impossibilité de faire la preuve d'un fait négatif, de l'absence de motifs légitimes pour le titulaire du droit. Sous prétexte d'une difficulté pratique, on ne peut pas empêcher d'appliquer un principe juridique et de donner une solution juste

demandée par l'équité. D'ailleurs cette difficulté n'est qu'imaginaire, car la victime de l'abus n'a qu'à prouver le fait positif contraire pour établir le fait négatif.

Le plus souvent, l'absence de motifs légitimes résulte manifestement de circonstances de faits qui accompagnent l'exercice du droit, en dehors de toute recherche tirée de la mentalité de l'agent (1).

Il sera facile au demandeur qui se plaint de tarissement de sa source par les travaux exécutés sur le fond du voisin, de démontrer l'inutilité pour celui-ci du tarissement de la source.

La victime d'un procès téméraire, vexatoire, pourra facilement prouver l'absence d'un intérêt sérieux, l'intention malicieuse de son adversaire par son attitude antérieure, par la multiplication inutile des incidents de procédure, par la connaissance des vices de son appel.

Pour les droits dont le fondement légitime est un intérêt altruiste (puissance maritale, liberté de la presse) la preuve de l'abus reprend la forme positive, la poursuite d'un intérêt égoïste facile à être démontré par la victime de l'abus.

A notre avis, la victime d'un acte appelé abusif par

1. M. Saleilles. Son rapport. « Pour déterminer l'abus de droit, il y aurait non pas à savoir exactement ce qu'a voulu celui qui l'a commis, mais à rechercher si, d'après les circonstances purement extérieures de fait, l'acte qu'il accomplit est susceptible de procurer un intérêt quelconque, dont la loi ait pour mission de garantir la réalisation, pécuniaire ou morale. »

la nouvelle doctrine, doit prouver (pour réussir dans sa demande) que son adversaire a agi sans droit, qu'il a commis une faute en exerçant son droit dans un autre but que celui déterminé par le législateur.

b) Quant à la seconde question, savoir sur quoi porte la preuve de l'abus, il est certain que la victime d'abus, pour réussir dans sa demande, doit d'abord prouver un préjudice matériel ou moral subi à raison de l'exercice abusif du droit dont il se plaint, car on ne peut pas concevoir un acte générateur de responsabilité civile, par cela seul qu'il est exercé dans un autre but que le but légal, il faut encore qu'il ait causé un préjudice appréciable à la victime.

Supposons donc que la victime a prouvé un dommage subi et l'absence d'un intérêt légitime ou l'intention malicieuse du titulaire de droit exercé abusivement.

On doit se demander alors quelles conditions doit remplir l'intention de nuire pour qu'elle soit constitutive d'abus.

Que doit prouver, au juste, le demandeur à l'instance ?

Pour résoudre ce problème, on a proposé plusieurs systèmes :

1° Une première doctrine soutenue par M. Sauzet (1).

1. *Annales de droit commercial*, 1891, p. 106.

consiste à dire qu'il y a abus ou faute, par cela seul qu'on a agi en connaissance du préjudice causé, et que par conséquent, la victime aura seulement à prouver qu'au moment de l'acte incriminé son adversaire avait conscience du préjudice qu'il allait lui causer.

Cette doctrine est injuste, car elle élargit trop la notion de la faute.

La conscience d'un résultat dommageable pour autrui, accompagne la plupart des actes par lesquels on use légitimement de son droit dans un but légal. Conclure de la conscience du préjudice causé à l'existence d'une faute génératrice de responsabilité, ce serait réprover les droits les plus légitimes, comme : le droit de grève, le droit à la concurrence loyale, dont l'exercice entraîne normalement la connaissance du préjudice causé aux autres.

M. Charmont (1) est de même avis quand il dit qu'il faut prendre des précautions nécessaires contre les dangers auxquels nous expose la théorie de l'abus des droits et exiger, pour qu'il y ait abus, non seulement la conscience du préjudice causé, mais encore l'intention de nuire.

II. — D'après une deuxième opinion, pour qu'il y ait abus de droit, il faut que l'intention malveillante soit l'unique mobile poursuivie par le titulaire du droit.

1. *Revue critique*, 1898, p. 144.

C'est en ce sens que la jurisprudence se prononce dans presque tous les cas d'abus. — M. Saleilles est de même avis quand il esquisse la définition de l'abus dans ces termes : « Un acte dont l'effet ne peut être que de nuire à autrui, sans intérêt appréciable et légitime pour celui qui l'accomplit ». L'article 226 du Code civil allemand exige que l'acte abusif ne puisse avoir d'autre but que de causer dommages à autrui.

M. le procureur général Roujat, dans ses conclusions rendues à propos de la fameuse affaire de l'ouvrier Joost contre le syndicat de Jallieu (1), affirme que « l'usage d'un droit cesse d'être licite et engendre une action en dommages-intérêts, lorsqu'il a pour unique mobile la volonté de nuire à autrui ».

M. Ferron, dans une note au Sirey (2), s'exprime dans les mêmes termes :

« La connaissance du tort que l'on peut porter à autrui, le désir même qu'on peut avoir de nuire aux intérêts d'une autre personne, ne suffit pas pour constituer la faute subjective génératrice de responsabilité ; il faut encore prouver que l'intention de nuire est l'unique mobile de l'acte incriminé. »

Nous repoussons cette doctrine comme injuste, car comprise dans toute sa rigueur, elle conduirait à la suppression de tous les cas d'abus de droit ; le titulaire pouvant toujours protester et prouver un intérêt assez minime pour justifier l'exercice légitime de son droit et

1. Cass., 22 juin 1892. S. 93. 1. 48.

2. S. 05. 2. 17.

dégager sa responsabilité (1). S'il est vrai que le défaut de tout intérêt sérieux et légitime caractérise suffisamment l'abus des droits, il n'en est pas moins vrai que l'abus peut subsister encore, même quand l'auteur prouve qu'il a agi pour la réalisation d'un intérêt, si le juge dans sa libre appréciation constate que le mobile principal et déterminant auquel l'agent a obéi n'est pas la protection de son intérêt légitime, mais l'intention de nuire à autrui. Par conséquent, il ne faut pas dire que, pour qu'il y ait abus, il faut prouver l'absence de tout intérêt sérieux pour l'auteur de l'acte abusif. La formule employée par la jurisprudence ne peut pas avoir la signification exclusive qu'on voudrait lui attribuer.

III. — Nous arrivons ainsi à la troisième doctrine soutenue par M. Mongin (2).

D'après cette doctrine, il faut se placer au juste milieu entre les deux opinions extrêmes précédemment citées, et dire qu'un droit est abusif lorsque l'intention de nuire à autrui constitue le mobile principal poursuivi par le titulaire de droit. Quand le juge, se fondant sur la matérialité du fait dans sa libre appréciation du mobile poursuivi par le titulaire d'un droit, est suffisamment convaincu que, parmi les raisons auxquelles l'agent a obéi, l'intention de nuire à autrui a été celle

1. Objection apportée, à la conception subjective de l'abus des droits, par M. Saleilles, *Théorie de l'oblig.* 2^e éd., 1901, p. 370, note 1.

2. Le droit de congé et le louage de services. *Revue critique*, 1893. p. 347.

qui a prédominé sa détermination, il n'y a aucun doute à se prononcer pour l'abus.

Ainsi, le droit de grève deviendrait abusif d'après cette doctrine, si le mobile principal et déterminant poursuivi par les grévistes est l'intention de nuire à autrui. Au contraire, si le but principal de la grève est la protection des intérêts professionnels, alors elle n'est pas abusive quoi qu'elle entraîne pour le patron un préjudice qui dans ce cas n'est pas le motif décisif poursuivi par les grévistes, mais la conséquence normale, nécessaire et admise par la loi.

Le rôle de juge est très important dans l'appréciation d'un acte abusif. Mis en face des arguments contraires des deux parties, il doit chercher quel a été le mobile principal, déterminant, qui a décidé l'agent à agir ainsi. Pour que le titulaire d'un droit accusé d'abus puisse se dégager de toute responsabilité, il ne suffit pas qu'il prouve l'intérêt légitime qui peut résulter pour lui de l'exercice de ce droit, il faut encore que cet intérêt soit la raison principale et prépondérante poursuivie par lui.

Ce que nous croyons vrai et juste, c'est que la victime d'un acte appelé abusif ne pourra réussir dans sa demande en indemnité par la seule preuve de l'intention

de nuire, parce que le caractère illicite de l'acte ne dépend pas d'elle (1).

Ce qu'on doit prouver, est l'absence d'un intérêt appréciable et légitime chez le titulaire du droit, c'est-à-dire la faute commise par l'inobservation de la règle de droit qui nous interdit d'agir sans intérêt sérieux et légitime.

Quand on use d'une faculté légale en vue d'atteindre un but légal, d'en tirer un avantage sérieux et légitime l'acte est licite, quoique l'avantage éprouvé est sensiblement inférieur au préjudice subi par la victime et ceci, même s'il y a eu intention de nuire (la grève au moment où les commandes affluent).

Par conséquent, le juge aura à se prononcer sur le mobile principal poursuivi par un titulaire de droit en le comparant avec le but légal de ce droit.

1. M. Planiol, II, 5 éd., n° 871.

CHAPITRE VI

LA SANCTION DE L'ABUS DES DROITS

Les partisans de la théorie de l'abus, après avoir déterminé en quoi consiste le critérium qui puisse permettre de distinguer l'usage légitime d'un droit de son exercice abusif, se sont demandé quels sont les effets de l'abus; c'est-à-dire quelle est la nature de la réparation que le juge peut accorder pour satisfaire la demande de la victime.

Ils ont cherché dans la nature de la sanction un intérêt pratique à soustraire la théorie de l'abus du droit, au domaine de l'article 1382. Ces auteurs admettent une différence au point de vue de la sanction entre ce qu'ils appellent la théorie des risques et celle de l'abus des droits.

a) Lorsqu'il y a risque causé par l'exercice normal d'un droit, ils disent qu'on ne peut admettre qu'une réparation pécuniaire, car une réparation en nature exigerait la suppression du droit lui-même, dont l'exercice reste cependant utile à la société. Ainsi le riverain d'une voie ferrée, qui souffre un préjudice considérable

de la fumée intense que dégagent les machines employées par une compagnie, n'a pas le droit de faire arrêter la marche des trains ou d'interdire l'emploi des locomotives (1).

La raison qui a décidé la jurisprudence de n'accorder qu'une réparation pécuniaire dans certains cas de risques, est de ne pas empiéter sur les attributions de l'administration qui a accordé l'exercice d'un pareil droit en vue d'une utilité publique (2).

b) Au contraire, lorsqu'il y a abus de droit, (exercice anormal d'une faculté légale) les partisans de cette nouvelle doctrine admettent non seulement la possibilité d'une sanction en nature, mais encore l'opposition préalable à l'exécution d'un acte abusif, pour prévenir le retour de l'injustice (3).

M. Saleilles dit :

« Pour les actes contraires aux droits (et désormais illégaux, par le caractère antisocial du but intentionnel qui en marque la destination) l'abus de droit exige non seulement

1. M. Saleilles. *Théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'empire allemand*, 2^e éd., n° 310, note 1, p. 373.

2. M. Planiol, II, 5^e éd., n° 872.4. Quand cette raison n'existe pas, rien n'empêche la jurisprudence d'ordonner la fermeture de l'établissement créateur de risques nouveaux (Req., 8 juin 1857. D. 57.1. 293) ou de donner une condamnation facultative (des dommages ou l'exécution des travaux créateurs de risques nouveaux). Paris, 9 déc. 1904. D. 05. 2.32) note de M. Ripert. P. F., 1905. 2. 319.

3. M. Jossierand. *L'abus des droits*, p. 68.

qu'il y ait réparation pécuniaire ou en nature, mais encore l'inexécution totale d'un acte considéré comme contraire au droit. La sanction qui le concerne est l'opposition préalable à l'exécution, tout autant que la réparation s'il est exécuté. »

M. Josserand dit :

« Toutes les fois qu'aucun obstacle particulier ne s'opposera, la sanction en nature devra être prononcée comme la plus satisfaisante, la plus adéquate au grief causé. »

Là où le juge français peut réprimer, il a aussi le devoir, dans la mesure du possible, de prévenir le retour de l'injustice : mieux vaut conjurer le mal que de le laisser s'étendre, sauf ensuite à en tenter la guérison, toujours approximative.

M. G. Ripert (1) critique cette doctrine soutenue par MM. Saleilles et Josserand. D'après lui, la sanction de l'abus de droit ne peut être qu'une réparation pécuniaire, comme dans le cas d'un acte normal générateur de risques. Se demandant où trouver le motif d'accorder une réparation en nature de l'acte abusif, une sorte de « *integrum restitution ob dolum* », il conclut qu'un pareil traitement distinct et sévère pour les actes dolosifs n'est pas fondé, parce que ces actes ne sont pas plus dangereux que les autres, et cela parce que l'activité malfaisante, sans autre but de profit personnel, s'exerce bien rarement.

1. *Revue critique*, 1906, p. 364.

Nous croyons injuste ce raisonnement de se fonder sur la fréquence d'un acte dommageable pour fixer la nature de la sanction qui lui conviendrait le mieux.

Ce qui nous semble vrai est de laisser aux tribunaux la libre appréciation de la réparation la plus adéquate au préjudice causé selon les circonstances de fait, et suivant les exigences sociales : tantôt ils prescrivent le paiement d'une indemnité, tantôt l'inexécution des travaux destinés à éviter le retour du dommage et cela sous la menace d'une astreinte(1).

M. G. Ripert prétend que :

« supprimer dans la mesure du possible les effets de l'acte accompli, en prévenir au besoin la réalisation, c'est déclarer que l'acte accompli est illicite, c'est laisser le juge maître absolu de la délimitation des droits, libre de restreindre les prérogatives légalement conférées au titulaire. C'est aller à l'encontre même du but que se propose le législateur en conférant des droits ; permettre d'exercer librement son activité sous certaines limites ».

Nous pensons qu'aujourd'hui tout le monde et d'accord sur la relativité de la notion d'un droit, pour admettre qu'en dehors des limites expressément fixées par le législateur, certains droits ont d'autres limites qui

1. De même avis est M. Charmont (*Revue trimestrielle*, 1902, p.117). Il laisse au juge le soin d'apprécier quelle réparation il convient d'ordonner si une indemnité pécuniaire n'est pas suffisante, ou, s'il faut une réparation en nature possible et justifiée pour ordonner exceptionnellement la cessation des travaux qui ont occasionné le préjudice, et prévenir ainsi le retour de l'injustice.

résultent implicitement d'un texte et qui sont laissées à l'appréciation des juges d'après les mœurs sociales. L'abus du droit, étant un acte accompli en dehors de ses limites, un acte sans droit, il peut être supprimé sans atteindre l'exercice normal et licite d'une faculté accordée par le législateur.

La jurisprudence a fait plusieurs fois l'application de ce principe, prononçant contre l'auteur des actes appelés abusifs, une condamnation en nature pour éviter le retour du dommage causé.

Ainsi, la Cour de Colmar du 2 mai 1855 a ordonné la démolition d'une fausse cheminée construite méchamment en vue de masquer le jour à son voisin (1).

En ce qui concerne la sanction plus énergique, savoir : une opposition préalable à l'exécution d'un acte abusif pour en prévenir les conséquences dommageables, nous croyons qu'à tort les partisans de la nouvelle doctrine prétendent apporter quelque chose de nouveau

1. L'abus du droit d'exprimer sa pensée entraîne la réparation en nature, soit sous la forme de la saisie des articles incriminés, soit sous la forme de l'insertion de la réponse dans les journaux. — Comme exemple de réparation en nature on peut citer, à l'avis des auteurs de la théorie de l'abus, la déchéance de la puissance paternelle, et les cas dans lesquels la jurisprudence refuse au mari l'exercice abusif de sa puissance maritale. La réduction d'une saisie abusive et vexatoire, et la valabilité d'un désistement à une poursuite judiciaire, quand le défendeur refuse sans motifs légitimes d'accepter ce désistement (Req., 6 nov. 1900. S. 1901. I. 235) sont encore des cas de sanction en nature. — A l'avis de M. Saleilles, le locataire en danger de mort, qui se voit expulsé de l'immeuble au jour de l'échéance du terme, pourra s'y faire maintenir par la voie du référé, surtout quand ce droit d'expulsion ne se justifie par aucun intérêt appréciable du bailleur.

à la théorie de la responsabilité exprimée par l'article 1382.

En pratique, toutes les fois que la jurisprudence a eu à se prononcer sur une pareille question, elle a reconnu l'existence d'un préjudice déjà réalisé et n'a fait que prévenir le retour ou arrêter la continuation d'un dommage. On ne peut pas concevoir la possibilité de prévenir en droit civil un dommage non encore réalisé, et prétendre le contraire, c'est confondre les délits civils avec les délits pénaux.

Nous voyons donc que même au point de vue de la sanction il n'y a aucun intérêt à distinguer l'abus d'un acte accompli sans droit.

CHAPITRE VII

CONCEVABILITÉ DE LA THÉORIE DE L'ABUS

D'après la doctrine traditionnelle, les éléments constitutifs de la responsabilité civile sont au nombre de deux. Il ne suffit pas, pour la fonder, qu'un acte soit dommageable et imputable, il faut encore qu'il soit illégitime, contraire au droit. C'est-à-dire, pour que cet acte soit réprimé, il faut une faute commise par une personne et que cette faute soit la cause des préjudices subis par une autre personne. Par conséquent, à la base de la responsabilité, il doit exister un élément illégitime, une faute, un acte contraire au droit. Il en résulte que l'acte dommageable constitutif de responsabilité à raison de la faute de son auteur, ne peut être qu'un acte ne rentrant pas dans l'usage ou dans l'exercice d'un droit reconnu par la loi. C'est ce qu'on exprime par le principe bien connu : « celui qui use de son droit ne lèse personne ». Il n'y a pas de faute et par suite pas de responsabilité civile à user de son droit, même si les tiers doivent en souffrir. Ce principe, d'après lequel l'exercice d'une faculté légale ne peut pas devenir généra-

teur de responsabilité, a été consacré par les jurisconsultes romains dans une foule de textes au Digeste : « Nullus videtur dolo facere qui suo jure utitur » (1). « Nemo damnum facit nisi qui id facit quod facere non jus habet (2). »

« Cum eo qui tollendo obscurat vicini aedes quibus non serviat, nulla est actio. » (Ulpien. D. 1. 8, t. II. f. q.). Le propriétaire qui bouche la vue à son voisin en élevant une construction sur son terrain, n'est pas responsable, comme il ne s'expose à aucune réclamation, quand il coupe la source du voisin par des travaux faits sur son propre terrain. (D. 1. 39. t. II, f. 26.)

Le droit coutumier de même conserva ces maximes : « I celui n'attente qui use de son droit. » (Art. 107. Coutume de Bretagne).

Ici se pose une distinction, couramment admise aujourd'hui par la doctrine, entre les droits définis et les droits indéfinis (3).

Certains auteurs, partisans de la théorie de l'abus, ont essayé de se servir de cette distinction pour dire que les droits indéfinis étaient les seuls susceptibles d'abus. Ils disent que l'article 1382 est insuffisant pour expliquer certains cas de responsabilité. Nous allons étudier les deux catégories de droits, pour voir si l'article 1382 ne peut pas s'appliquer dans les deux cas, en

1. D. L. 50. t. XVII, f. 55 (Gaius).

2. Paul, I. 50. I. XVII. f. 151.

3. Porcherot, op. 25. — Saleilles. *Th. des oblig.* III, éd. p. 378.

acceptant pour le mot *faute* la notion qui lui a été donnée par M. Planiol.

a) Il y a d'abord une catégorie de droits ou facultés qui peuvent appartenir à une personne sans qu'ils soient précisés ou déterminés par la loi ; ils n'ont pas acquis une individualité distincte . Ce sont les droits innommés, indéfinis qui se confondent avec l'activité humaine, ou avec l'exercice général de la liberté. L'usage de la liberté ne peut être absolu, car l'article 1382 du Code civil lui apporte des limites: « *Tout fait quelconque* de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer. » Mais les termes de cet article sont vagues, car ils ne donnent pas une définition de la faute, dont l'art. 1382 prononce le nom d'une manière incidente ; il n'a que la valeur d'une sanction.

A côté des droits définis, l'individu a une liberté qui n'a d'autres limites en face de ses semblables que la liberté même de ceux-ci. Pour résoudre ce conflit des libertés, on s'est demandé à partir de quel moment on est responsable d'avoir usé de sa liberté. L'article 1382 implique que l'exercice de la liberté n'est licite que dans la mesure où il se combine avec le respect des intérêts légitimes des autres. Il y a obligation pour chacun de n'user de sa liberté que sous la condition de ne pas nuire injustement à autrui. La jurisprudence formée sur l'article 1382 considère la violation de cette

obligation personnelle comme constitutive de la faute, donc génératrice de responsabilité.

Notamment il est admis par tous les auteurs que la liberté est susceptible d'abus, qu'elle ne saurait être exercée méchamment, dans un but illicite. Ainsi la jurisprudence a décidé que le refus du patron d'embaucher les ouvriers syndiqués, qui n'est que l'exercice de la liberté de contracter, devient illicite quand il est exercé malicieusement en vue de nuire au syndicat et sans aucun motif ou intérêt sérieux et légitime pour le patron. — De même le droit d'exprimer sa pensée est l'exercice d'une liberté qui peut devenir illicite quand il n'est exercé que dans un but égoïste pour nuire à autrui quand le mobile principal, poursuivi par le titulaire, n'est pas de faire connaître la vérité au public.

Le patron, qui interdit à ses ouvriers de fréquenter tel cabaret, n'exerce que sa liberté qui devient fautive quand elle est l'œuvre de pure malice pour nuire au propriétaire de l'établissement visé par cette mise à l'index, quand le mobile principal poursuivi par son exercice n'est pas la défense de ses intérêts, pour éviter la contagion avec d'autres ouvriers et maintenir ainsi le bon ordre dans son atelier. Les circonstances de fait peuvent convaincre le juge jusqu'à l'évidence de l'existence de ce mobile illégitime, comme étant le but déterminant poursuivi par le patron dans l'exercice de son droit à la libre concurrence.

Pour conclure, disons que le principe traditionnel d'après lequel l'exercice licite d'un droit est exclusif de toute responsabilité, est aussi applicable aux cas de l'exercice d'une liberté.

b) L'autre catégorie de droits se compose de ce qu'on appelle des droits définis, nommés ou déterminés par la loi.

Ce sont les facultés spéciales directement prévues par la loi et érigées en droits positifs garantis par elle. Tel le droit de propriété, le droit d'ester en justice, le droit de grève. D'après la doctrine traditionnelle, ces seuls droits spéciaux (qui paraissent être licites en eux-mêmes et qui consacrent légalement tel ou tel exercice particulier de la liberté individuelle) paraissent ne pas pouvoir se transformer en des actes illicites, parce que leur exercice est légitime, indépendamment du but poursuivi par leurs titulaires.

L'exercice de ces droits positifs reconnus par la loi ne saurait donc constituer aucune faute, et par suite, pas de responsabilité civile, même si les tiers doivent en souffrir, sinon il n'y aurait aucun droit au monde qui pût s'exercer librement, puisqu'il n'en est aucun qui ne puisse ou qui ne doive aboutir à nuire à autrui.

Mais la jurisprudence, après avoir accepté par erreur ce principe de l'absolue légitimité de l'exercice des droits positifs dans les limites assignées par une loi,

s'est vite aperçue qu'il est trop absolu, car le législateur ne peut pas fixer toutes les limites d'un droit.

Pour en atténuer les conséquences, elle s'est fondée sur le principe de la solidarité sociale, qui domine toutes les relations des hommes vivant en société, pour apporter à l'exercice des droits positifs d'autres limites déterminées par le fondement juridique de ces droits, par les mœurs ou l'équité sociale.

D'ailleurs, pourquoi la faute ne devrait-elle être prise en considération que dans le cas d'un usage de liberté et non dans le cas où cette liberté est canalisée dans un droit défini ? Pourquoi dire que la liberté seule est susceptible de faute et non les droits nommés qui ont conquis une individualité distincte ? Rien n'est plus faux que cette distinction, car la notion de droit se soude avec la notion de liberté. M. Beudant (1) l'a dit éloquemment : « Le droit se confond avec la liberté humaine dont il n'est que le dérivé et l'application. » M. Saleilles (2) nous a montré l'injustification de cette distinction entre le droit général d'user de sa liberté et le droit spécial qui consacrent légalement tel ou tel exercice, partie de la liberté individuelle. C'est que les actes prévus par l'idée générale qui avait inspiré l'article 1382, sont des modes d'exercice d'un droit, lequel est la liberté individuelle. Il n'y a aucune raison pour

1. *Introd. au droit civ.*, p. 7.

2. *Bulletin de la soc. d'étud. législ.*, 1905, p. 325.

que les droits spéciaux, même prévus et garantis par la loi, ne puissent trouver des limites à la frontière même des droits parallèles qui appartiennent aux autres, comme cela se passe lorsqu'il s'agit de l'exercice de la liberté.

Pour les droits définis, comme pour les droits indéfinis reste ouvert le grand problème de la limitation des droits individuels.

Rien n'est plus faux que cette cristallisation que l'on a voulu opérer de certaines facultés individuelles pour en faire des droits positifs intangibles, alors que toutes les autres rentreraient dans l'exercice vague de la liberté, laquelle ne serait un droit garanti que dans son principe et non dans ses manifestes concrets.

Quand un droit est précisé par une loi, quand il a conquis une individualité distincte, il n'en constitue pas moins une émanation de la liberté. Une pareille distinction est non seulement fausse, mais encore regrettable, parce qu'il n'est pas toujours facile d'établir une ligne de démarcation précise entre la liberté et les droits définis. Le patron qui refuse de contracter avec un ouvrier syndiqué exerce-t-il une prérogative légale ou fait-il simplement usage de sa liberté ?

De même pour le droit de libre concurrence. Presque toujours il y a une identification de l'exercice de la propriété comme acte de puissance du droit de propriété lui-même, avec l'exercice de la liberté. La grève

n'est que l'exercice de la liberté individuelle qui donne aux hommes le droit de discuter ensemble leurs intérêts et de se grouper pour accroître la puissance de leurs efforts.

Si la liberté ne peut être exercée dans une intention malveillante pour nuire à autrui, il faut admettre la même chose pour l'exercice d'un droit défini, puisque, comme l'a très bien dit M. Josserand (1) : « la liberté n'est autre que le droit souche, la matière première sur laquelle tous les droits nommés sont pris et dont ils ne sont en définitive que la monnaie ayant cours certain et légal. La précision n'a dû être donnée à un droit que dans un désir de plus grande clarté, de plus complète sécurité sociale et non pour faire de lui une arme de malveillance, un instrument antisocial ». Par conséquent, les droits spéciaux nommés, sont aussi bien susceptibles de devenir illicites dans leur exercice que le droit général d'user de sa liberté (2).

La théorie de l'abus soulève alors la grande ques-

1. *Abus des droits*, p. 71.

2. C'est dans ce sens que l'article 715 du premier projet du Code allemand de 1900, déclara illicite le fait contraire aux bonnes mœurs, accompli en vue de nuire à autrui, lorsqu'il s'agirait d'un fait rentrant dans l'exercice général de la liberté. Par là, s'affirmait l'irresponsabilité de tout titulaire d'un droit défini quelconque, dans l'exercice de ce droit.

Mais le Bundesrath dans l'article 887 proclama illicite l'exercice du droit de propriété réalisé dans le but de nuire à autrui. Ensuite la Commission du Reichstag supprima la disposition admise en matière de propriété pour faire de la théorie de l'abus un principe général applicable à tous les droits définis, principe destiné à devenir l'article 226 actuel fondé sur une conception sociale du droit subjectif.

tion de sa concevabilité, de son fondement juridique et de sa place dans la théorie générale de la responsabilité.

B. Certains auteurs, et notamment M. Planiol (1) nient complètement la notion d'abus des droits comme étant en définitive vide de sens, artificielle et contradictoire.

La grande objection apportée par M. Planiol à cette théorie qui pose la notion d'une responsabilité dans l'exercice d'un droit, consiste en ceci que les actes prétendus abusifs ne sont en réalité que des actes accomplis sans droit ou qui en excèdent les limites.

Pour M. Planiol, la notion d'abus des droits serait contradictoire. « Le droit cesse ou l'abus commence, et il ne peut y avoir usage abusif d'un droit quelconque, par la raison irréfutable qu'un seul et même acte ne peut être tout à la fois conforme au droit et contraire en droit. » — On ne pourrait pas concevoir, entre l'acte licite qui est l'exercice d'un droit et l'acte illicite qui est accompli sans droit, la place pour un acte mixte abusif, car ou on agit sans droit et alors je suis responsable, ou bien je reste dans mon droit, et alors j'échappe à toute responsabilité (2). Il est impossible de sortir de ce dilemme.

1. *Traité élémentaire de droit*, t. II, 4^e éd., n° 851. — Laurent, VI, n° 140.

2. Wachter. *Vüertemb. Privatrecht*, t. II, 1842, p. 195-196. — Endemann. *Einführung in das studium des B. G.* 385. t. I, 1899, 357-361.

« Cette nouvelle doctrine de l'abus, dit M. Planiol, repose tout entière sur un langage insuffisamment étudié ; sa formule, « usage abusif des droits » est une logomachine, car si j'use de mon droit mon acte est licite, et quand il est illicite, c'est que je dépasse mon droit et que j'agis sans droit, *injuria*, comme disait la loi *Aquiliana* ; nier l'usage abusif des droits, ce n'est pas tenter de faire passer pour permis les actes dommageables, très variés, que la jurisprudence a réprimés ; c'est seulement faire cette observation que l'abus de droit ne constitue pas une catégorie juridique distincte de l'acte illicite ». M. Planiol, tout en approuvant la plupart des décisions jurisprudentielles, refuse à la théorie de l'abus des droits toute originalité, toute utilité, et cherche à expliquer les solutions de la jurisprudence par les principes généraux de la responsabilité, par l'idée plus simple et plus large de l'absence de droit ou de l'exercice d'un droit au-delà de ses limites.

Pour lui, ce qui a provoqué la création de la notion d'abus, c'est que les droits ne sont presque jamais absolus ; ils ont des limites au delà desquelles leur titulaire perd la faculté d'agir et doit être considéré comme étant sans droit. Il peut donc y avoir des abus dans la conduite des hommes, mais ce n'est pas quand ils exercent leurs droits, c'est quand ils les dépassent. Abuser c'est dépasser, sortir de son droit. M. Duffau-

Lagarosse (1), quoique partisan de l'abus des droits, conclut que cette théorie s'explique par cela que les droits ne sont pas absolus ; il n'y a pas de droit sans un intérêt matériel ou moral qui en justifie l'exercice. L'idée d'abus de l'exercice d'une faculté légale, sans un intérêt sérieux et légitime ou avec l'intention de nuire, éveille inévitablement l'idée d'un acte accompli sans droit ; sous l'apparence de l'usage licite d'un droit se cache en réalité un fait abusif contraire au droit. Il fonde ainsi son raisonnement sur le principe dicté par la raison et la justice d'après lequel le vœu de la loi est que tout individu n'use de son droit que par motifs légitimes. Ce principe, proclamé par la jurisprudence et d'une application multiple par le développement de l'idée de solidarité, n'est écrit nulle part, car le législateur a trouvé inutile d'édicter une règle qui apparaît comme l'expression d'une vérité évidente par elle-même. L'article 1869 du Code civil sur la faculté de rompre un contrat de société à durée illimitée, et surtout la théorie de l'action paulienne où le seul *consilium fraudis* vient rendre illicite un acte en soi régulier, n'est que l'application de ce principe d'après lequel l'exercice du droit, pour être licite, doit reposer sur des motifs légitimes.

D'après ces auteurs, l'effort de la législation et de la jurisprudence par la création de la notion d'abus

1. « Du droit aux dommages-intérêts dans le louage de services à durée indéterminée. » *Revue critique*, 1899, p. 485.

des droits, a consisté seulement à déterminer des limites de chaque droit, et à dire à quelles conditions l'exercice d'une faculté légale peut être considéré licite. Au lieu de l'abus des droits, il faut chercher au contraire, la délimitation exacte des droits, parce qu'il y a en jeu non pas un droit, mais un dépassement des limites légales assignées au droit. C'est une erreur de partir de l'idée qu'on peut léser le droit d'autrui sans excéder son propre droit (1). M. Paul Boncour (2) est partisan de la doctrine de l'abus des droits, mais il démontre qu'elle ne peut s'appliquer aux agissements des syndicats, car le droit du syndicat de prononcer des mises à l'index ne lui est accordé que comme un moyen pour atteindre un résultat déterminé, pour l'amélioration de conditions de travail et que par conséquent, quand ce droit a été exercé en vue d'obtenir le renvoi d'un ouvrier non syndiqué, il s'agit non d'abus mais d'acte commis sans droit. De même avis sont MM. Planiol (3) et Albert Wahl (4), quand ils nous disent que si les intérêts professionnels ne sont pas en jeu dans la grève, le syndicat n'agit pas dans les limites qui lui sont désignées par la loi de 1884 ; il dépasse son droit, il agit sans droit ; il commet une faute,

1. M. Buttin. *L'usage abusif du droit*. Thèse de Grenoble, 1904, p. 156-165.

2. *Les rapports de l'individu et les groupements professionnels*. Thèse de Paris, 1900. 317 et 321.

3. D. 1903, 2. 329.

4. « Responsabilité civile en matière de grève », *Revue trimestrielle*, 1908, p. 613.

et, par suite, il doit réparation envers ceux qui en souffrent, parce qu'il porte atteinte à la liberté du travail ou de l'industrie. Sa responsabilité est engagée sans être obligée de recourir à la théorie du droit de grève.

A propos du droit d'intervention des tiers dans les grèves, la Cour de Toulouse (1) s'exprime dans les mêmes termes :

« Attendu qu'on ne peut abuser d'un droit que si l'on en dépasse les limites. Il ne saurait exister un abus de droit, car ce qu'on appelle ainsi, c'est en réalité l'absence d'un droit, un acte en dehors des limites normales du droit allégué ou reconnu ».

C. — Cette doctrine détractrice de la théorie de l'abus des droits a été combattue par M. Josserand et M. Saleilles, comme étant fausse, parce qu'elle fait une confusion entre les actes accomplis sans droits et les actes abusifs (2).

Ils prétendent que même dans le langage courant, la notion précise et objective du défaut de droit est très différente de la notion élastique et subjective de l'abus de droit.

D'après ces auteurs, la théorie de la responsabilité, à raison d'absence de droit, est distincte de celle de l'exer-

1. 20 juillet 1866. S. 98, 1. 17. — Le Tribunal civil de Lille, 12 novembre 1906. D. 908. 2. 73, se prononce en même sens.

2. M. Josserand, *op cit*, p. 74. D. 1908. 2. 73. note. — M. Porchot, p. 106. — M. Charmont *Revue trim.*, 1902, p. 116. — M. Saleilles. Rapport, 1905.

cice abusif du droit, non seulement au point de vue d'un intérêt théorique, mais encore au point de vue pratique, de la sanction.

Ils disent, que si agir sans droit est synonyme avec la notion d'outrepasser les limites objectives et connues de ce droit, c'est que la responsabilité découle alors du fait d'avoir exercé une faculté qui n'est pas comprise dans son droit : c'est par exemple, en matière de propriété (1), empiéter sur le terrain voisin par une construction faite sur son propre fonds, ou labourer sciemment ou par erreur une partie de la propriété voisine, enfin accomplir un acte de maître sur le terrain d'autrui.

Dans ces cas de responsabilité on ne peut pas employer l'expression d'abus du droit, parce que les juges ne font que confirmer le droit de propriété dans les limites déterminées par la loi, sans qu'ils soient obligés à tenir compte, dans l'appréciation de ces faits extérieurs et matériels, du but ou de l'intention poursuivie par l'auteur des actes.

De même pour la notion du risque créé, quand les tribunaux prononcent une condamnation contre le propriétaire d'une usine, dont le bruit trouble les voisins ou de laquelle se dégage de la fumée, ils constatent un empiètement, une atteinte à la propriété d'autrui appréciée d'après l'ensemble des usages et du milieu ambiant;

1. M. Josserand, p. 82.

ils fixent l'étendue du droit de propriété objectivement, sans qu'il y ait à se préoccuper de l'intention de l'auteur ou du but poursuivi.

Au contraire, quand le propriétaire restant strictement dans les limites objectives assignées à son droit, par exemple : la construction d'une cheminée, l'exécution des travaux de forage sur son terrain, accomplit ces actes objectivement légitimes mais en vue de nuire à autrui, de priver son voisin de la vue ou d'une source d'eau ; alors il s'agit (d'après ces auteurs) des actes exercés abusivement, car la responsabilité est fondée dans ce cas sur l'élément subjectif du but et de l'intention malicieuse, qui, étant la cause déterminante de la volonté de l'auteur, a vicié l'usage de son droit de propriété.

De même, lorsque le juge accorde des dommages à l'ouvrier congédié par son patron sans motifs sérieux de sa part, sans un intérêt légitime et par une simple rancune personnelle ; alors on réprime un abus de droit, car personne ne peut nier l'existence du droit de congé limité vaguement par la loi du 27 décembre 1890 (l'art. 1780. C. civ.).

Pour la doctrine de l'abus, la responsabilité est fondée dans ce cas, non sur le fait d'avoir excédé les limites objectives du droit de congé, mais de l'avoir exercé abusivement en vue de nuire à l'ouvrier. C'est-à-dire, la responsabilité découle d'un élément subjectif qui

caractérise la notion d'abus des droits et la jurisprudence ne fait que fixer une limite subjective à ce droit limité vaguement par le législateur.

Ou bien, en matière du droit de recourir aux voies légales (1), agir sans droit serait, à l'avis de cette doctrine, par exemple lorsqu'un créancier agit en justice sans objet litigieux, ou lorsqu'il agit sans être véritablement créancier, ou encore quand il exerce une saisie-arrêt pour une créance qui n'existe pas, ou quand il saisit les biens de son débiteur sans observer les formalités prescrites, par exemple, s'il s'approprie le gage de sa seule autorité. Dans tous ces cas d'imprudence grave, le créancier, en agissant ainsi, dépasse les limites objectives de son droit.— Au contraire, il y aura exercice abusif de son droit quand il est exercé par esprit de chicane, quand le plaideur, demeurant dans les limites objectives, le mobile principal et déterminant auquel il a obéi est l'intention de nuire à son adversaire (L'opinion de la Chambre civile).

En matière de grève, il y aurait, d'après cette doctrine, exercice abusif de ce droit quand la mise à l'index a pour but final et déterminant la satisfaction d'une rancune personnelle contre un ouvrier non syndiqué ou exclu du syndicat ; ou une vengeance contre le patron (en absence même de tout acte de violence et voies de fait de la part des grévistes).

1. Jossierand, p. 82.

Au contraire, il y aurait accomplissement d'un acte sans droit ou exercice de ce droit de grève en dehors de ces limites légales quand il est accompagné d'actes de violence et voies de fait, réprimés par les articles 414 et 415 du Code pénal, et destinés à amener ou maintenir une cessation concertée de travail dans le but de porter atteinte à la liberté de l'industrie ou du travail.

Dans la liberté de la presse, agir sans droit, c'est dépasser les limites objectives de ce droit, c'est ne pas respecter la vie privée des tiers, qui pourront réclamer la cessation de la publicité, même s'ils n'éprouvent de ce fait aucun préjudice matériel et par cela seul que cette publicité leur déplairait (1). Au contraire, abuser de cette liberté, c'est agir en vue de nuire à autrui tout en restant dans les limites objectives de ce droit.

De même pour les droits contractuels ; agir sans droit, c'est dépasser les limites objectives fixées par le contrat qui constitue la loi des parties. Ainsi est le cas du débiteur qui refuse d'exécuter l'obligation promise dans le délai convenu, ou celui qui use d'une chose louée au delà des limites ou des conditions expressément stipulées par le contrat de louage. Au contraire, en abuser, d'après les auteurs de l'abus, c'est tout en restant dans les termes du contrat, exercer son droit en vue de nuire à l'autre partie contractante, ou

1. M. Meynial, note S. 1898. I. 473.

quand le mobile déterminant et impulsif poursuivi par le débiteur, pour n'exécuter son obligation que le dernier jour du délai convenu, a été l'intention de nuire à son créancier (1).

Par conséquent, les partisans de l'abus admettent une responsabilité distincte de celle qui découle de l'absence ou le défaut de droit, une responsabilité qui naît, non plus du fait d'avoir outrepassé les limites légales ou conventionnelles d'un droit, mais d'avoir exercé ce droit dans un but vexatoire pour nuire à autrui. C'est-à-dire, ils admettent que non seulement tout droit est limité dans son contenu, mais de plus son exercice ne peut avoir lieu dans un but de nuire à autrui, sans intérêt ou sans motifs légitimes. Cette doctrine veut donc séparer d'une part, les limites du droit, et d'autre part, le but que poursuit l'exercice du droit (2).

A l'avis de ce cette doctrine, la première notion est objective, matérielle et précise, parce que les limites d'un droit ne se déplacent pas facilement, du moins en dehors de l'intervention législative. La notion d'abus, au contraire, est subjective et très flexible, parce qu'elle varie avec les mœurs et les besoins sociaux auxquels les juges doivent adapter le droit par la libre appréciation qu'ils ont dans l'interprétation des lois. M. Josserand voit dans la notion féconde, souple et moralisatrice

1. Cour de Cass. du 7 mai 1902. — *Gaz. Pal.*, 16 juin 1902

2. Tisssier. *Revue critique*, 1904, p. 509.

d'abus, un instrument de progrès pour le droit dans son évolution vers une conception meilleure de la justice.

M. Saleilles (1), partisan de cette doctrine, fait une distinction très nette entre ces deux notions prises dans leur sens technique et juridique, car il cherche à donner à chaque expression sa valeur propre qui en détermine la portée scientifique et pratique.

Il a cherché à mettre en ordre et à classer les solutions jurisprudentielles, qui mettent en jeu l'idée de responsabilité, en trois catégories distinctes qui sont loin de se confondre, quoique la jurisprudence, pour justifier ces solutions, a toujours invoqué le principe de l'article 1382 du Code civil.

1^o Les actes qui dépassent les limites objectives ou le contenu assigné à un droit particulier, par la loi ou la jurisprudence, d'après les exigences de l'équité et des convenances sociales appréciées pour chaque droit pris en particulier, et non d'après l'intention ou le but poursuivi par l'auteur de ces actes. Ce sont les actes accomplis sans droit.

2^o Les actes qui ne sont que l'exercice licite d'une faculté comprise dans le contenu d'un droit ; ceux qui, par leur matérialité, sont licites, mais qui deviennent générateurs de responsabilité à raison du but et de l'in-

1. Son Rapport, 1905.

tention malicieuse de celui qui les a accomplis. Ce sont les actes que M. Saleilles qualifie abusifs.

3^e Les actes, qui, tout en entrant dans le contenu d'un droit par leurs conditions matérielles et intentionnelles, impliquent acceptation des risques pour celui qui bénéficie de son droit. C'est l'application de la théorie des risques créés.

Cette distinction peut se concevoir même sur le terrain du droit administratif. MM. Saleilles et Josserand invoquent cette analogie comme un argument qui confirme et complète la démonstration esquissée sur le terrain du droit privé au point de vue de cette classification dans l'exercice des droits. Ils prétendent voir dans l'exercice illicite des pouvoirs administratifs d'un agent, d'abord un excès de pouvoir, c'est-à-dire un acte accompli sans droit ou au delà des limites objectives assignées à son droit, à raison de l'incompétence (empiètement sur un pouvoir voisin, législatif, judiciaire, ou administratif), ou de la violation des formes légales. (Violation de la loi ou des droits acquis depuis le décret du Conseil d'Etat du 2 nov. 1864.)

En second lieu, il y a des actes qui rentrent dans les pouvoirs réguliers de l'administration, mais qui sont exercés abusivement dans un but étranger à celui prévu par le législateur. Ce sont les cas de détournement de pouvoirs caractérisés par l'incorrection du but, des intentions qui ont guidé l'administrateur, plutôt que par

des prescriptions ouvertement illégales. M. Leferrière (1) voit, dans le détournement ainsi défini, un abus commis du mandat que l'administrateur a reçu, analogue à l'abus de droit en matière civile.

Enfin, il peut y avoir des actes parfaitement réguliers même sous les deux rapports précédents et qui n'en sont pas moins des faits de risques engageant la responsabilité objective de l'Etat. Par exemple : les faits dommageables qui sont la conséquence inéluctable des travaux publics (l'exécution des grands services de voirie, les constructions et exploitations d'une compagnie concessionnaire de l'Etat) et dont personne ne doit souffrir (2).

D. — Nous nous rattachons à la doctrine soutenue par M. Planiol, car personne ne peut prétendre trouver dans des textes la limitation précise de tous les droits.

Il y a des limites qui ne sont pas fixées dans un texte par le législateur, et qui ont besoin d'être déterminées par les juges d'après le fondement juridique de chaque droit, ou d'après l'ensemble des règles sociales (acceptation large du mot droit).

Celui qui dépasse les limites de son droit agit sans droit, que ces limites soient fixées par le législateur ou

1. Conseil d'Etat, 13 janvier 1899. S. 900. 3. 1. (note M. Hauriou).
— Conseil d'Etat, 27 février 1903. S. 905. 3. 17 (Hauriou).

2. Leferrière, *op. cit.*

par les juges, qu'elles soient objectives ou subjectives appréciées d'après le but poursuivi par le titulaire du droit. La légalité d'un acte s'apprécie d'après la moralité du but poursuivi par l'auteur de cet acte, surtout quand il résulte implicitement, sinon expressément d'un texte de loi, qu'un droit a un fondement juridique, un but légal, et qu'il n'est licite qu'en vertu de cette seule fin (le droit de grève). En d'autres termes, les droits privés d'un individu, comme les pouvoirs administratifs d'un agent, sont conditionnés dans leur exercice par un but légal déterminé. Par conséquent, l'abus d'un droit privé et le détournement d'un pouvoir administratif ne sont qu'une des formes d'absence de droit ou de pouvoir, parce que le titulaire du droit, ou l'agent administratif, ne fait que dépasser les limites de son droit ou pouvoir, en l'exerçant dans un autre but que celui prévu par le législateur et contrairement aux règles sociales décidées par l'équité, contrairement au droit *lato sensu* qui nous défend, dans l'intérêt mutuel, d'être malhonnêtes, comme il nous défend d'être maladroits.

La doctrine de l'abus des droits prétend que cette classification n'est pas artificielle, qu'il y a une différence irréductible et palpable, non seulement en théorie mais même en pratique au point de vue des effets juridiques, de la sanction.

M. Josserand soutient qu'une différence manifeste

qui imprime un caractère inéluctable et définitif à la distinction des actes abusifs et des actes accomplis sans droit, consiste en cela que les premiers n'engagent la responsabilité de son auteur qu'autant qu'il cause un préjudice, tandis que les seconds l'engagent toujours indépendamment de toute idée de préjudice causé à autrui.

Nous avons précédemment montré que l'exercice inoffensif d'un droit, fût-il abusif, ne saurait jamais devenir générateur de responsabilité, que la victime d'abus, pour réussir dans sa plainte devant les juges, doit prouver non seulement l'intention dolosive de son adversaire auteur de l'acte abusif, mais encore, et en premier lieu, il doit démontrer qu'il en a souffert un préjudice appréciable.

On ne peut pas concevoir comment un individu pourrait se plaindre d'un acte qui ne lui a causé aucun préjudice. La simple intention mauvaise et dolosive n'engage la responsabilité de l'auteur de l'abus qu'autant qu'elle a eu des conséquences préjudiciables pour quelqu'un. Ce principe a été d'ailleurs confirmé en pratique par l'application courante que la jurisprudence en fait toutes les fois qu'elle se décide sur un exercice abusif de droit.

Au contraire, pour les actes accomplis sans droit, pourrait-on concevoir une responsabilité alors même qu'ils ne causent pas de préjudice ? M. Jossierand répond

oui. Ces actes, d'après lui, appellent une sanction abstraction faite de tout dommage. Ainsi, en matière de propriété M. Josserand dit que :

« Si mon voisin faisait un acte de maître sur mon propre fonds, sa responsabilité serait infailliblement engagée, car cet acte est objectivement injuste ; je n'aurais pas à prouver un préjudice subi. Vainement objectera-t-il à ma réclamation qu'il ne m'a causé aucun préjudice, que même il m'a rendu service en labourant mon champ. Sans doute je ne pourrais point exiger de lui des dommages, car on ne conçoit pas de dommages là où il n'y a pas de dommages effectivement subis ; mais j'obtiendrais du moins, soit une condamnation à une astreinte, soit l'appui de la force publique pour faire cesser ce trouble intolérable. »

A notre avis, cette distinction est injuste et dange-reuse. Dans le cas précédent, le propriétaire lésé inten-tera, non l'action personnelle basée sur l'article 1382, mais l'action réelle en revendication qui ne peut être exercée que s'il y a un intérêt appréciable, au moins moral, pour mettre fin à la violation de son droit de propriété, ou pour interrompre civilement la prescrip-tion du possesseur, d'autant plus qu'il doit restituer à l'auteur de l'acte illicite, même de mauvaise foi, toutes les dépenses utiles faites par les travaux de labourage qui ont ainsi simplement amélioré le fonds du proprié-taire revendiquant.

Ce droit découle de la nature exclusive de la pro-

priété; le propriétaire étant toujours libre d'exclure les tiers de toute participation à l'usage, à la jouissance de sa chose.

Pour lui assurer la libre jouissance de sa propriété, la doctrine et la jurisprudence lui accordent le droit de poursuivre judiciairement la répression de ces actes, qui constituent un trouble appréciable dans la jouissance de la propriété, soit du sol, soit de l'espace aérien qui recouvre son fonds. Ainsi, le fait (d'une compagnie d'éclairage électrique) de faire passer des fils conducteurs d'électricité au-dessus d'une propriété privée constitue un acte accompli sans droit, une atteinte au droit du propriétaire, parce qu'elle trouble d'une manière appréciable sa jouissance (vibration désagréable des fils par l'action du vent) et parce que la rupture toujours possible d'un câble, peut lui occasionner des dégâts. La jurisprudence condamne la compagnie privée, (L'article 3 de la loi du 28 juillet 1885 accorde un privilège à l'Etat pour les lignes télégraphiques et téléphoniques publiques), soit simplement à une astreinte pour la suppression de ses câbles (1), soit en outre à payer une somme d'argent comme réparation des dommages déjà causés (2).

Par conséquent, on ne pourra pas dire que le deman-

1.-2. Trib. civ. de Tours du 15 juin 1887. — Trib. civ. de Compiègne, 19 déc. 1888. — Trib. de paix de Lille, 15 nov. 1899. D. 900. p. 361.

deur a agi sans avoir souffert un dommage, surtout que la jurisprudence de nos jours admet toujours la poursuite en justice fondée sur la réparation des dommages moraux.

Si le tribunal condamne mon voisin à une astreinte pour le retard mis par lui dans la cessation des travaux agricoles sur mon fonds, il ne faut pas conclure, du fait que l'astreinte ne suppose pas un préjudice résultant du retard dans l'exécution, à l'existence d'une responsabilité civile sans dommages causés.

L'astreinte ne représente pas la réparation des dommages soufferts ; elle n'est qu'un moyen indirect de contrainte pour assurer l'exécution d'un jugement dans le délai fixé par le tribunal.

Elle suppose toujours que l'acte incriminé m'avait causé un dommage au moins moral, car on ne conçoit pas dans notre droit de condamnation civile au premier venu, analogue à celle que le juge prononçait à Rome sur une action populaire. Si l'acte a donné lieu à des mesures de police, c'est qu'il constituait un délit pénal, ce qui ne prouve nullement qu'il engage la responsabilité de son auteur au point de vue civil (1). M. Josserand, disant que l'acte illicite à la différence de l'acte abusif engage la responsabilité de son auteur indépendamment de toute idée de préjudice causé, fait une confusion entre le délit pénal et le délit civil. Il

1. M. Marc Desserteaux. *Rev. trim.*, 1906, p. 120 et note.

oublie la règle que toute réparation civile suppose toujours un préjudice. Il faut repousser de même la distinction que M. Saleilles (2) a tenté de faire entre l'abus et l'absence de droit au point de vue de la nature de leur sanction. D'après lui, ce qui fait distinguer l'abus de l'absence de droit, est que celui-ci pourrait entraîner une réparation en nature, tandis que celui-là ne peut entraîner qu'une réparation par équivalent.

Cette distinction est irréaliste, parce que la jurisprudence a maintes fois accordé une réparation, soit en nature, soit en équivalent, selon les circonstances, dans tous les cas où on dépassait les limites de son droit, que ces limites soient expressément fixées par un texte de loi, ou qu'elles soient laissées à l'appréciation du juge.

Pour conclure, disons que dans les deux cas, comme il s'agit d'une obligation négative de ne pas dépasser les limites d'un droit, la victime, pour réussir dans sa demande, n'a qu'à établir la contravention à cette obligation et non le préjudice subi, parce qu'elle peut toujours avoir un intérêt évident à ce que son droit ne soit pas injustement et impunément entravé dans son exercice.

L'article 1145 nous dit en effet : « Si l'obligation est de ne pas faire, celui qui y contrevient doit les dom-

1. *Th. gén. de l'oblig.*, n° 310, note 1, p. 373.

Dobrovici

mages et intérêts par le seul fait de la contravention. » Cela ne veut pas dire que la victime n'a pas à prouver la faute, la contravention à une obligation de ne pas faire.

A la règle absolue « pas d'action sans intérêt », il n'y a pas d'exception, car le dommage est, et restera, toujours, dans toute théorie, une condition nécessaire de l'action en responsabilité civile. Ce principe ressort très nettement du texte même de l'article 1382. Ce serait en dehors de notre sujet d'étudier les conditions qu'un préjudice doit remplir ; disons seulement qu'aujourd'hui il est admis (dans la jurisprudence et dans la doctrine) que la faute étant prouvée, le préjudice moral suffit à fonder une action en dommages-intérêts et qu'il peut souvent résulter de la seule entrave injustifiée mise à l'exercice légitime d'un droit.

Si donc on admet qu'aujourd'hui les droits ne sont pas absolus, qu'ils trouvent en eux-mêmes leurs limites naturelles conformes à la justice et aux bonnes mœurs, qu'il y a une règle sociale, un principe juridique sous-jacent à la légalité qui nous oblige d'exercer un droit socialement, conformément à la moralité collective et à son but, à sa finalité légale, on voit tout de suite l'inutilité de la théorie de l'abus.

Nous avons précédemment démontré que la distinction faite par les partisans de cette théorie, entre ce qu'ils appellent un acte abusif et un acte accompli sans

droit, est dénuée de tout intérêt pratique et qu'elle se réduit à une simple question de mots. Dans les deux cas, on arrive au même résultat, à la responsabilité civile de celui qui a dépassé les limites de son droit, qui a commis une faute, ou un acte qu'on n'a pas le droit de faire (1).

La nouvelle doctrine de l'abus, donnant une acception trop étroite à la notion de faute, a déclaré l'article 1382 du Code civil insuffisant pour servir de base à la thèse de l'abus de droit. La commission de révision du Code civil, constatant que la théorie de l'abus n'est qu'une application de la théorie générale de la responsabilité, a renvoyé l'examen de cette question à la discussion du principe de l'article 1382.

1. M. Charmont. *Revue trim.*, 1902., p. 116. — Porcherot, p. 101°

CHAPITRE VIII

CONCLUSION

LA PLACE DE LA THÉORIE DE L'ABUS DES DROITS DANS LA THÉORIE DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE

Pour qu'un acte donne lieu à une responsabilité civile, il faut qu'il soit dommageable, imputable et illicite. Laissons de côté les deux premiers éléments constitutifs de la responsabilité civile et demandons-nous, quand dit-on qu'un acte est illicite ? C'est là le problème fondamental du critérium de la responsabilité civile.

D'après la doctrine traditionnelle, l'acte illicite consisterait à commettre une faute dans l'exercice d'un droit, à accomplir un acte qu'on ne doit pas faire, un acte contraire au droit. Cette doctrine est résumée en cet axiome : « pas de responsabilité civile sans faute ». La théorie de la faute, comme la seule base juridique et rationnelle de la responsabilité, est encore soutenue par les auteurs qui prétendent faire rentrer tout fait

générateur de responsabilité civile, dans la notion de la faute. Alors la question est de savoir en quoi consiste la faute, car nul texte de loi ne donne une définition satisfaisante du mot si vaguement employé par l'article 1382.

M. Planiol (1) nous dit que toute faute est une contravention, un manquement à une obligation préexistente, qui peut être une obligation légale de s'abstenir ou une obligation conventionnelle de faire.

Il repousse le dualisme en matière de faute, parce que tous les intérêts d'une distinction entre une faute contractuelle et une faute délictuelle s'expliquent par l'objet et l'étendue de l'obligation antérieure.

Presque toutes les obligations légales ont un objet négatif, une abstention pure et simple. Elles dérivent de l'obligation légale, commune à tous les hommes, d'éviter de nuire sans droit à autrui.

M. Planiol est obligé de reconnaître que cette obligation générale de ne léser injustement personne, que ces devoirs juridiques qui s'imposent à chacun de respecter les droits d'autrui, ne sont déterminés par le législateur et que ce sont les juges de fait qui auront le pouvoir souverain d'appréciation, pour constater l'existence d'un acte constitutif de faute ; et cela sous le contrôle de la Cour de cassation qui se réserve le droit d'ap-

1. Vol. II, 5^e éd., n° 863, 864, 876, 877.

précier l'existence d'une obligation antérieure capable de donner à l'acte le caractère illicite.

A la suite d'une analyse expérimentale des faits qui constituent une faute par leur nature concrète, M. Planiol est arrivé à classer les fautes en trois catégories d'après les formes dont elles peuvent se présenter (1).

a) La faute contre la légalité, caractérisée par la violation d'une loi ou règlement. Elle constitue indiscutablement un acte illicite.

b) La faute contre l'honnêteté : faute morale, acte déloyal.

c) La faute contre l'habileté : acte de maladresse physique ou intellectuelle, imprudence ou négligence. M. Planiol fait rentrer dans une de ces trois catégories tout acte dommageable constitutif de responsabilité. Dans les deux derniers cas, la responsabilité de l'auteur de la faute dommageable découle d'une règle légale, d'une véritable obligation légale sous-entendue dans la constitution de toute société humaine, qui défend de léser autrui, soit par des actes malhonnêtes, soit par des actes maladroits. Les règles d'habileté sanctionnées par les lois physiques et par la nécessité naturelle du succès, ne deviennent génératrices de responsabilité civile, que parce qu'elles sont imposées par un principe légal, qui commande aux hommes d'agir avec adresse dans leur

1. *Revue critique*, 1905, p. 283.

intérêt mutuel. Les articles 1382 et 1383 ne font que sanctionner ces règles d'habileté, dont l'objet et l'établissement sont déterminés par les juges, d'après le critérium de la normalité et suivant les conditions habituelles du milieu social, les usages de la vie la plus courante. D'après cette doctrine, la faute consiste non seulement d'avoir fait quelque chose défendu expressément dans un texte de loi, (théorie soutenue par la doctrine nouvelle de l'abus et du risque créé) mais encore d'avoir violé une règle de droit non écrite, qui résulte implicitement d'un texte et qui est dictée par les mœurs actuelles et l'exigence sociale de l'heure présente.

Une de ces règles sociales de droit, proclamée par les décisions judiciaires et qui a apparu au législateur comme l'expression d'une vérité tellement évidente par elle-même qu'il a trouvé inutile de l'édicter dans un texte de loi, consiste dans l'obligation de n'user de son droit que normalement, avec un intérêt réel et légitime par des motifs légitimes ou conformément au fondement juridique de ce droit (1). En d'autres termes, c'est l'obligation de ne pas exercer un droit contre sa finalité légale, antisocialement ou contrairement à l'intérêt général, à l'honnêteté civile.

1. Duffau-Lagarosse. *revue critique*, 1899, p. 479.

Le mot *faute*, pris dans ce sens large et social, comprend ce que la nouvelle doctrine appelle abus, ou exercice d'un droit sans motifs légitimes et avec l'intention de nuire. Ainsi, l'exercice légitime d'un droit s'arrête là, où il y a faute commise. L'exercice d'un droit ne confère aucune immunité car il n'est légitime que par le but poursuivi par son titulaire ou par l'usage auquel on l'emploie.

Pour qu'il y ait faute, il ne faut pas un rapport de causalité morale entre le dommage et la personne obligée à la réparer, il ne faut pas avoir voulu causer un dommage. D'après la théorie classique, l'idée de faute n'implique pas un fait volontaire, un élément psychologique.

Les actes d'impéritie, la maladresse et l'imprudence, constituent aussi une faute, car la loi *Aquilia* est la source de cette obligation générale d'être adroit. Exiger pour qu'il y ait faute, avoir voulu ou prévu la possibilité d'un dommage, cela serait admettre qu'il n'y a que les gens intelligents qui puissent commettre des fautes et que les maladroits, ne prévoyant jamais rien, n'en commettraient jamais (1).

Pour cette raison, la doctrine et la jurisprudence récente admettent la responsabilité civile d'un dément,

1. Planiol, II, 5e éd., n° 863 *bis*, et n° 871, p. 288, note 2.

indépendamment de l'idée d'imputabilité morale de l'auteur de la faute (1).

Nous pouvons formuler ainsi le résultat auquel nous a fait aboutir l'étude de la nouvelle théorie de l'abus des droits.

Il suffit d'accepter la conception sociale des droits telle que l'ont admis tous les auteurs et législateurs modernes, et par conséquent, de ramener la notion de la faute à son cadre large et correspondant aux exigences sociales dictées par les mœurs actuelles, pour faire rentrer la théorie de l'abus dans celle de la faute (2).

Il n'y a donc aucun intérêt, ni au point de vue du domaine d'application ni au point de vue des effets, (de la sanction de soustraire la théorie de l'abus au domaine assez large de la théorie de la faute de l'article 1382.

La notion de la faute ainsi conçue est aussi souple et moralisatrice que celle de l'abus.

Pour cette raison, la commission de réforme du Code civil français a renvoyé l'étude de cette théorie de l'abus à la sous-commission chargée de la discussion des principes de responsabilité civile de l'article 1382.

On peut donc introduire cette nouvelle théorie dans l'interprétation du Code français sans réforme des tex-

1. Montpellier, 31 mai 1866. D. 67..3. — La proposition de M. Pourquery de Boisserin, adoptée par la Chambre des députés. séance du 19 février 1902 (*J. off. Cham. session ord.*, 1902, p. 270),
2. Duffau-Lagarosse. *Revue critique*, 1899, p. 479.

tes, puisque les auteurs du Code, en évitant très sagement de définir le droit subjectif et la faute de l'article 1382, ont laissé sur ce point pleine liberté à l'évolution jurisprudentielle et doctrinale (1).

La jurisprudence française, fondant toujours ses décisions sur l'idée de faute toutes les fois qu'elle a invoqué la notion d'abus, a compris l'acte abusif comme étant un acte accompli sans droit.

Si on admet que les droits ne sont plus absolus, il est indifférent qu'on appelle abusif ou fautif (la distinction entre ces deux notions, faite par les partisans de l'abus, étant injuste et dénuée de tout intérêt), l'acte dont l'illicéité est caractérisée par le détournement d'un droit de son but légal et social, et non par l'intention de nuire qui ne peut influencer que sur l'étendue d'une responsabilité plus juste accordée à la victime du dommage. Admettre le contraire, c'est nier les bienfaits sociaux de la libre concurrence vitale, car dans la lutte vitale les hommes passent leur vie à se nuire les uns aux autres (2).

Ce n'est qu'en dépassant son droit par une action fautive ou anormale qu'on est responsable des dommages causés à autrui.

1. Gaudemet. *Livre du centenaire*, II, p. 979.

2. La doctrine et la jurisprudence moderne admettent un tempérament dans l'allocation des dommages et intérêts non seulement en matière de contrat (art. 1150) mais même en matière délictuelle, à raison de l'extrême légèreté de la faute non intentionnelle (quasi-délit). M. Jean de Haene. *Flandre judiciaire*, 10 avril 1901. — Demolombe, XXXI, n° 462. — M. Planiol, II, 5^e éd., n° 897.

La maxime « Qui jure suo utitur neminem lædit » reste vraie avec cette restriction que chacun doit exercer son droit *civiliter*, normalement, dans un but légal, dans la mesure que commandent les usages ordinaires et sans entraver l'exercice des droits des tiers.

Le seul mérite de la théorie de l'abus des droits est qu'elle marque, dans les idées juridiques modernes, l'une des étapes les plus importantes de la socialisation du droit ; elle n'apporte pas une catégorie nouvelle des actes illicites.

Vu : le Président de la thèse
ALBERT WAHL

Vu : le Doyen
LYON-CAEN

Vu, et permis d'imprimer,
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris
LIARD

BIBLIOGRAPHIE

- Appert*. — Notes au Recueil de Sirey, 1899. 1. 33 ; 1904.
2. 217 ; 1905. 2. 41.
- Des droits du propriétaire vis-à-vis de ses voisins. Revue trimestrielle de droit civil, 1906
p. 71.
- Aubry et Rau*. — Cours de droit civil français, 5^e éd., II,
n° 193, p. 302.
- Barde*. — Traité théorique et pratique des Obligations,
2^e éd., III, p. 1077 et suiv.
- Bosc*. — Essai sur les éléments constitutifs du délit civil.
Thèse de Montpellier, 1901, p. 78 et suiv.
- Baudry et Wahl*. — Du contrat de louage, II, n° 1498.
- Chauveau*. — Des biens, n° 222.
- Buttin*. — L'usage abusif du droit. Thèse de Grenoble,
1904.
- Blondel*. — Note au Sirey, 1897. 1. 273.
- Bufnoir*. — Propriété et contrat, p. 807-809.
- Boncour*. — Les rapports de l'individu et les groupements professionnels. Thèse de Paris, 1900.
- Chauveau*. — Note aux Pandectes françaises de 1893. 1.
481.

Gézar-Bru et Morin. — La faute, le risque, l'abus du droit.

Annales des Facultés d'Aix, juin 1906, p. 63.

Capitant. — Des obligations du voisinage. Revue critique, 1900, p. 156 et 228.

— Notes au Daloz, 1908. 2. 49.

Charmont. — L'Abus du Droit. Revue trimestrielle de droit civil, 1902, p. 113.

— Examen de jurisprudences civiles dans la Revue critique de 1895, p. 609 ; 1898, p. 129, 137 et 142 ; 1905, p. 323.

— La socialisation du droit. Revue de métaphysique et de morale, 1902.

Domat. — Lois civiles, l. 1, t. VIII. section VIII, n° 9.

Demolombe. — Cours de Code civil, XII, n° 648 ; XX, n° 659 et 659 bis.

— Traité des servitudes, II, n° 948.

Duffau-Lagarrosse. — Du droit aux dommages-intérêts dans le louage de services à durée indéterminée. Revue critique, 1899, p. 494.

Desserteau (Marc). — Abus de droit et conflit de droits dans La Revue trimestrielle de droit civil, 1906, p. 119.

Demogue. — Jurisprudence française. Revue trim., 1905, p. 127.

Esmein. — Note au Sirey, 1898. 1. 17.

— La jurisprudence et la doctrine. Revue trim., 1902, p. 5.

Ferron. — Note au Sirey, 1905. 2. 17.

Fromageot. — De la faute comme source de la responsabilité en droit privé. Paris, 1891.

- Gény.* — Risque et responsabilité. Revue trimestrielle de droit civil, 1902, p. 812.
- Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, 1896, p. 466 et 544 (préface de M. Saleilles).
- Germette.* — Les Rapports de l'élément matériel et de l'élément intentionnel dans la responsabilité civile. Thèse de Paris, 1903.
- Gaudemet.* — Les codifications récentes et la revision du Code civil. Livre du centenaire, II, p. 979.
- Jurisprudence française en matière de droit civil. Revue trim., 1909, p. 672.
- Hauriou.* — Note au Sirey, 1905. 3. 17.
- Précis de droit administratif, 5^e éd., p. 590.
- La personnalité comme élément de la réalité sociale. Rev. gén. de droit, 1898.
- Ihering.* — Esprit du droit romain. Trad. Meulenaere, t. IV, p. 323.
- De la faute en droit privé. Trad. Meulenaere. Paris, 1888.
- Josserand.* — De l'abus des droits. Paris. Ed. Rousseau, 1903. Notes Daloz, 1906. 2. 105 ; 1908. 2. 73.
- Jaubert.* — L'art. 1382, C. civ. et la justice d'équité. Revue critique. 1906, p. 562.
- Laurent.* — Principes de Droit civil, t. VI, n° 140-156 ; t. XX, n° 408-418.
- Lévy.* — Responsabilité et Contrat. Revue critique, 1899, p. 364.

- Exercice abusif du droit. *Revue Trimestrielle*, 1903, p. 177.
- Labbé*. — Note sur Sirey, 1872, 1.353.
- Michel* (Léon). — La responsabilité civile des patrons envers les ouvriers en cas d'accident de la loi du 9 avril 1898. *Revue critique*, 1901, p. 605.
- Mongin*. — Le droit de congé et de louage de services dans la *Revue critique*, 1893, p. 342.
- Morel*. — Du refus de contracter. *Revue trimestrielle*, 1908, p. 209.
- Mornet*. — Du rôle et des droits de la jurisprudence en matière civile. Livre du centenaire, 1804-1904.
- Porcherot*. — De l'abus de droit. Thèse de Dijon, 1901.
- Perreau* (Camille). — Examen de la jurisprudence civile. *Revue critique*, 1904, p. 138.
- Perreau* (E.-H.). — Examen de la jurisprudence civile. *Revue critique*, 1908, p. 589.
- Planiol*. — *Traité élémentaire du droit civil.*, II, 5^e éd. n° 862 et surtout n° 870 et suivants.
- Etudes sur la responsabilité civile dans la *Revue critique* de 1905, p. 2773 ; de 1906, p. 80 et de 1900, p. 282.
- Notes au *Daloz*, 1905. 1, 153 ; 1903.2.329 ; 1897, I. 401.
- Picard* (Edmond). — *Le droit pur*. Paris, 1908. Ed. Flammarion, p. 188.
- Pic*. — La Rupture ou la suspension dans l'exécution du contrat de travail par l'effet des grèves. *Revue trim.*, 1905, p. 27.

Reynaud. — L'abus du droit. Thèse de Paris, 1904.

Ripert. — De l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines. Thèse d'Aix, 1902.

— L'exercice des droits et la responsabilité civile. Revue critique de 1906, p. 352.

— Examen de jurisprudences civiles. Revue critique, 1909, p. 141 ; 1908, p. 210.

— Note au Daloz. 1907.1.385 et au Pand. fran. 1905.2.319.

Ronjat. — Sous Sirey, 1893.1.41.

Saleilles. — De l'abus de droit ; rapport présenté à la première sous-commission de la commission de révision du Code civil. Bull. de la Soc. d'Etudes législatives, 1905, p. 325.

— Théorie générale de l'obligation, 2^e éd., 1901 p. 370, note 1.

— De la déclaration de volonté, p. 287 et 293.

— Ecole historique et droit naturel. Revue trimestrielle, 1902, p. 80.

— Le Code civil et la Méthode historique. Livre du centenaire, I, p. 95.

Salanson. — De l'abus du droit. Thèse de Paris, 1903.

Sauzet. — Les Annales de droit commercial, 1891, p. 106.

— Etude sur le nouvel article 1780 du Code civil.

Sourdat. — Traité général de la responsabilité, 5^e édition. Paris, 1902, I, n^{os} 439 et suivants.

Teisseire. — Essai d'une théorie générale sur le fondement de la responsabilité. Thèse d'Aix. 1901.

Tirlemont. — La nature juridique de la grève et l'abus du droit de grève. Thèse de Lille, 1904.

Tissier. — Compte rendu sur le Code civil allemand. Revue critique, 1904, p. 509.

Vareilles-Sommières. — La définition de la propriété. Revue trim., 1905, p. 460 et 464 et suiv.

Van den Bossche. — Des limitations imposées par les relations du voisinage. Flandre judiciaire, 1901, p. 209.

Vander Eycken. — Méthode positive de l'interprétation juridique. Bruxelles, 1906.

Wahl. — Responsabilité civile en matière d'accidents d'automobiles. Revue trimestrielle, 1908, p. 5.

— Responsabilité civile en matière de grève. Revue trimestrielle, 1908, p. .

— Notes au Sirey, 1903. 2. 225 et 233, et 1903. 1. 465.

— Du motif de légitime rupture dans le contrat de louage de services. Questions pratiques de législation ouvrière et d'économie sociale, 1903, p. 161.

Code civil allemand. — Traduction du comité de législation étrangère, t. I et notes de M. Saleilles sous les articles 226, 228, et de M. Lévy-Ullmann sous l'article 823.

Code civil suisse de 1907. — Traduction de Virgile Rossel, article 3.

Martin (Alfred). — Zeitschrift für schweizerisches Recht, 1905, p. 21.

— Journal de Genève du 10 avril 1906.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION.....	5
CHAPITRE I. — L'origine de la théorie de l'abus....	15
<i>Section I.</i> — Le Droit Romain	15
<i>Section II.</i> — L'ancien droit français.....	20
<i>Section III.</i> — Le droit intermédiaire.....	22
CHAPITRE II. — Les applications de la théorie de l'abus des droits.....	25
<i>Section I.</i> — Droit de propriété.....	26
A. — Théorie de l'abus.....	29
B. — Théorie des risques créés.....	36
<i>Section II.</i> — Droit d'agir en justice.....	53
<i>Section III.</i> — Liberté de la presse.....	60
<i>Section IV.</i> — Droit de grève.....	68
<i>Section V.</i> — Droit contractuel.....	83
Refus abusif d'embauchage.....	83
<i>Section VI.</i> — Abus dans l'exécution des con- trats.....	90
<i>Section VII.</i> — Abus dans la résiliation des contrats.....	95
<i>Section VIII.</i> — Abus dans la rupture des fian- çailles.....	106
<i>Section IX.</i> — Les Droits de famille.....	115
I. — La puissance paternelle.....	115
II. — La puissance maritale.....	122
<i>Section X.</i> — Abus dans la liberté commer- ciale.....	127

CHAPITRE III. — L'abus des droits dans la législation comparée.....	131
I. — L'Allemagne.....	131
II. — La Suisse.....	136
III. — L'Angleterre.....	139
CHAPITRE IV. — Critérium de l'abus d'un droit privé.....	145
CHAPITRE V. — La preuve de l'abus.....	165
CHAPITRE VI. — La sanction de l'abus.....	177
CHAPITRE VII. — Concevabilité de la théorie de l'abus.....	183
CONCLUSION. — La place de la théorie de l'abus des droits dans la théorie de la responsabilité civile.....	213

